

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

ALESSANDRA PREZEPIORSKI LEMOS

NOMEAR O MAL E DIZER O BEM:
A RELAÇÃO ENTRE CRIMINALIZAÇÃO E DESCRIMINALIZAÇÃO DE CONDUTAS
E O DISCURSO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

CURITIBA

2017

ALESSANDRA PREZEPIORSKI LEMOS

**NOMEAR O MAL E DIZER O BEM:
A RELAÇÃO ENTRE CRIMINALIZAÇÃO E DESCRIMINALIZAÇÃO DE
CONDUTAS E O DISCURSO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS
HUMANOS**

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito no curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

Orientadora: Prof^ª. Clara Maria Roman Borges.

CURITIBA

2017

TERMO DE APROVAÇÃO

ALESSANDRA PREZEPIORSKI LEMOS

NOMEAR O MAL E DIZER O BEM:

A RELAÇÃO ENTRE CRIMINALIZAÇÃO E DESCRIMINALIZAÇÃO DE
CONDUTAS E O DISCURSO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS
HUMANOS

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de
Mestra no curso de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da
Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientadora: _____

Profa. Dra. Clara Maria Roman Borges

Universidade Federal do Paraná

Prof. Dr. Rui Carlo Dissenha

Universidade Federal do Paraná

Profa. Dra. Melissa Martins Casagrande

Universidade Positivo

Curitiba, 10 de abril de 2017.

AGRADECIMENTOS

“Tudo o que eu vivi me trouxe até aqui e sou grata a tudo, invariavelmente. Curvo meu coração em reverência a todos os mestres, espalhados pelos meus caminhos todos, vestidos de tantos jeitos, algumas vezes disfarçados de dor. Eu mudei muito nos últimos anos, mais até do que já consigo notar, mas ainda não passei a acreditar em acaso.” (*Ana Jácomo*)

Inimaginável o que dois anos podem fazer com uma pessoa. A Alessandra que entrou como mestranda não é a mesma que sai como mestre. E eu só tenho a agradecer por isso.

Em primeiro lugar, dedico esta dissertação a Deus, aquele que me faz crer no invisível e confiar no acaso.

Em segundo lugar, à minha mãe Eliane Prezepiorski, aquela que sacrificou tudo para que eu pudesse viver a vida que eu levo hoje. A minha vontade de fazer este mestrado veio do exemplo que eu tive: uma professora mais do que dedicada e uma mãe incrível.

Agradeço também a meu pai Luiz Antonio Lemos que sempre me lembrou da importância dos estudos e da dedicação para se vencer na vida.

Eu provavelmente teria terminado este trabalho bem antes se a minha irmã Milena Prezepiorski Lemos não tivesse me convidado para ir no cinema, teatro, confeitaria, entre outros, tantas vezes, porém minha vida não seria tão feliz quanto é se não fosse a presença dela.

À minha cachorrinha Luna a qual com as suas patinhas sempre me lembrou do que era mais importante: ela.

À minha tia Adriane Prezepiorski Vornes que sempre deixava alguma comida pronta para eu comer quando chegasse das longas aulas noturnas do mestrado e que nunca deixou de oferecer o seu ombro para que eu desabafasse e as vezes desabasse.

A meu tio Leomar Vornes que nunca perdeu a oportunidade de me perguntar como estava a dissertação a título de brincadeira, já que eu nunca perdi a oportunidade de fazer a mesma coisa com ele. Obrigada pelo apoio e companheirismo!

Aos meus primos Daniele Prezepiorski Vornes e Guilherme Prezepiorski Vornes que mais que primos são meus irmãos e que estiveram ao meu lado ao longo destes dois anos.

Gostaria também de fazer um especial agradecimento aos meus amigos que resolveram me acompanhar na minha jornada no 3º andar da Santos Andrade. Os melhores momentos do mestrado com certeza foram as aulas, conversas, cafés e desesperos que passamos juntos. Muito obrigada Bruna Nowak, Carolina Alves Chagas, Fernanda Fujiwara, Galanni Dorado de Oliveira e Jacqueline Lopes Pereira!

Eu definitivamente não teria conseguido concluir este mestrado não fosse o apoio de algumas pessoas maravilhosas que fazem parte da minha vida. Alani Maria Benvenuti, Camila Simm, Camila Terasoto, Fernanda Machado, Gabriela Soutier Fontanella, Heloise Sasso Teixeira, Isadora Lenzi Michel, Janyne Pagliarini, Juana Carvalho, Júlia Bonato Peres, Karen Portela, Leonardo Stroiek, Marcela Longo Ehler, Natali Risson, Renata Amaral Farias, Schaiane Sell e Thaís Camila Pabis obrigada por dividirem comigo os meus sonhos e acreditarem em mim quando nem mesmo eu acreditava! *Nada é lendário se os seus amigos não estão lá para ver!*

Devo agradecer também às minhas chefes Gildelena Alves da Silva e Meire Nelci Vecchi Marinho por serem extremamente compreensivas com os meus compromissos do mestrado e por terem me ajudado com palavras gentis de incentivo. Sou muito feliz por ter a oportunidade de trabalhar com pessoas que me dão a liberdade de fazer o que eu acredito e que confiam na minha competência.

Um agradecimento mais do que especial vai à minha orientadora Clara Maria Roman Borges, professora que sempre me inspirou a almejar uma carreira acadêmica e que sempre me lembrou o quanto custa ser uma mulher que não se curva aos padrões impostos por uma sociedade machista. As lições que eu aprendi ao seu lado levarei para a vida toda e definitivamente me tornaram a pessoa que eu sou hoje. Sou muito grata pela oportunidade de ter sido sua orientanda!

Aos professores Leandro Gorsdorf e Melina Girardi Facchin por terem incutido em mim o amor pelos direitos humanos e mostrado que através deles nós podemos melhorar a vida de muitas pessoas e tornar este mundo um pouquinho melhor.

Se a vida é feita de acasos, gostaria de agradecer pelo fato destas quatro pessoas terem cruzado o meu caminho nos corredores santos andradinos. Eliseu

Venturi, Guilherme Santander, Luize Navarro e Marcelo Wacheleski foi um prazer conhecer vocês e ter trilhado parte da minha trajetória acadêmica ao seu lado.

Não poderia deixar de mencionar a importância que o NESIDH (Núcleo de Estudos em Sistemas de Direitos Humanos) teve e tem na minha vida acadêmica e pessoal. É muito importante estar cercada de pessoas que partilham dos mesmos sonhos e que acreditam que os direitos humanos são vitais para uma sociedade democrática. Vocês me inspiram a ser uma pessoa melhor!

Ao pessoal da Coordenação da Pós-Graduação em Direito da UFPR, em especial a Vanessa Sayuri Umehara, por terem sido sempre tão solícitos em me ajudar com todos os problemas relacionados não só ao mestrado, mas também ao CEJUR. Tudo teria sido muito mais difícil não fosse o auxílio de vocês.

Por fim, gostaria de agradecer a todos os buracos e lombadas encontrados na estrada ao longo destes dois anos. Pequenas conquistas são importantes para nos motivar e seguir adiante, mas são os grandes revezes que demonstram o nosso caráter e nos ensinam a ser fortes. Foi através dos meus erros e dos de outras pessoas que eu fui forçada a crescer e por isso eu também só tenho a agradecer.

Aqui acaba um sonho, mas as memórias persistem e o caminho continua!

Quando uma sociedade decide, assim, separar o que é infração penal do que não é, quando decide nomear o mal, e portanto, dizer o bem, ela entra em territórios altamente simbólicos que modela e transforma ao mesmo tempo. Nesse sentido, toda nova incriminação fatalmente provoca respostas: de integração, de resistência, de revolta ou de invenções de novas transgressões. É o mistério da incriminação.

Mireille Delmas-Marty – A imprecisão do direito: do código penal aos direitos humanos

RESUMO

O presente trabalho tem por objeto de estudo a relação paradoxal estabelecida entre o direito penal e o discurso do direito internacional dos direitos humanos no campo das incriminações. Se, por um lado, o discurso do direito internacional dos direitos humanos pode ser usado como fundamento para a demanda de descriminalização de algumas condutas, por outro lado ele também pode ser invocado para justificar a criação de novos tipos penais. Tendo em vista o papel decisivo que os Sistemas Europeu e Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos têm desempenhado na produção e reprodução deste paradoxo, optou-se por apresentar nesta dissertação alguns casos destes sistemas em que foi enfrentada esta questão. Quanto ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos foram discutidas as suas decisões a respeito da necessidade de descriminalização do delito de desacato e de criminalização dos desaparecimentos forçados. Em relação ao Sistema Europeu de Direitos Humanos foram debatidos os casos em que se defendeu a descriminalização da homossexualidade masculina e a necessidade de criminalização da conduta de submeter alguém a trabalhos forçados. A partir da discussão destes casos, foi possível vislumbrar que o principal argumento usado por ambos os sistemas para se defender a descriminalização de práticas foi a ausência de proporcionalidade da restrição imposta pelo direito penal face ao fim que se pretendia alcançar através da tipificação, ao passo que os fundamentos que ampararam a imposição do dever de criminalizar condutas foram a natureza do direito humano protegido, a gravidade da lesão e o suposto efeito dissuasivo do direito penal. Apresentados os casos, foram feitos alguns comentários críticos sobre os argumentos neles utilizados a fim de destacar as suas limitações. Ao final, concluiu-se que o paradoxo estudado é insuperável, uma vez que o direito internacional dos direitos humanos é ao mesmo tempo a “boa” e a “má consciência” do direito penal.

Palavras-chave: Direito Penal; Direito Internacional dos Direitos Humanos; Criminalização; Descriminalização; Sistemas Regionais de Proteção de Direitos Humanos.

ABSTRACT

This dissertation aims to study the paradoxical relationship between criminal law and the discourse of international human rights law regarding the criminalization and decriminalization of human conducts. On the one hand, the discourse of international human rights law can be used as an argument in support of the demand for the decriminalization of some conducts, and on the other hand, it can also be invoked to justify the creation of new criminal offences. Considering the decisive role that the European and Inter-American Human Rights Protection Systems in the production and reproduction of this paradox, the discussion includes cases of these two systems in which this issue at stake was addressed. In relation to the Inter-American Human Rights System, the cases discussed were the decision to decriminalize contempt of authority (*desacato*) and the decision to criminalize forced disappearances. Regarding the European System of Human Rights, the cases presented advocate the decriminalization of male homosexuality and the criminalization of forced labour. From the discussion of the cases, it was possible to conclude that the main argument used in both Systems to defend the decriminalization of the offences was the lack of proportionality between the restriction imposed by criminal law and the purpose that the criminalization aimed to achieve. The criminalization discourse was sustained by the nature of the human right protected, the severity of the injury and, criminal law's deterrent effect. After the discussion of the cases, a critique was presented regarding their reasoning in order to highlight the shortcomings of such arguments. Lastly, the conclusion reached was that the paradox studied is insurmountable taking into account that international human rights law is at the same time the "good" and "bad conscience" of criminal law.

Key-words: Criminal Law; International Human Rights Law; Criminalization; Decriminalization; Regional of Human Rights Protection.

LISTA DE ABREVIATURAS

Comissão Interamericana de Direitos Humanos	CIDH
Conselho da Europa.....	CoE
Convenção Americana sobre Direitos Humanos.....	CADH
Convenção Europeia dos Direitos do Homem.....	CEDH
Corte Europeia de Direitos Humanos.....	CtEDH
Corte Interamericana de Direitos Humanos.....	CtIDH
Organização das Nações Unidas	ONU
Organização não-governamental.....	ONG

SUMÁRIO

<u>1. INTRODUÇÃO</u>	13
<u>2. SOBRE DISCURSOS E PARADOXOS – A RELAÇÃO TENSA ENTRE OS DIREITOS HUMANOS E O SISTEMA PUNITIVO</u>	19
2.1. O SURGIMENTO DO DIREITO PENAL E DOS DIREITOS HUMANOS MODERNOS.....	19
2.2. A FUNÇÃO “ESCUDO” DOS DIREITOS HUMANOS DENTRO DO SISTEMA PENAL.....	22
2.3. A VIRADA PUNITIVISTA DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS.....	26
2.4. A FUNÇÃO “ESPADA” DO DISCURSO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS.....	31
<u>3. TORNAR RAZOÁVEL A RAZÃO DE ESTADO – A QUESTÃO DA DESCRIMINALIZAÇÃO DE CONDUTAS DENTRO DOS SISTEMAS EUROPEU E INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS</u>	40
3.1. BREVE EXPLICAÇÃO A RESPEITO DO SISTEMA EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS.....	41
3.2. A DESCRIMINALIZAÇÃO DA HOMOSSEXUALIDADE MASCULINA E O SISTEMA EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS.....	43
3.3. BREVE EXPLICAÇÃO A RESPEITO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS.....	52
3.4. O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E A DESCRIMINALIZAÇÃO DO DELITO DE DESACATO.....	54
3.4.1. A INTERPRETAÇÃO REALIZADA PELA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....	55
3.4.2. A INTERPRETAÇÃO REALIZADA PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....	61
<u>4. DAS OBRIGAÇÕES POSITIVAS AO DEVER DE CRIMINALIZAR – MANDAMENTOS DE CRIMINALIZAÇÃO DOS SISTEMAS EUROPEU E INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS</u>	68
4.1. O DESENVOLVIMENTO DA TEORIA DAS OBRIGAÇÕES POSITIVAS NO SISTEMA EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS.....	71

4.2. CIEDH E O MANDAMENTO DE CRIMINALIZAÇÃO DOS TRABALHOS FORÇADOS.....	77
4.3. A IMPOSIÇÃO DE OBRIGAÇÕES POSITIVAS PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....	83
4.4. DA OBRIGAÇÃO POSITIVA DE CRIMINALIZAR A PRÁTICA DOS DESAPARECIMENTOS FORÇADOS.....	87
4.5. CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS ACERCA DO PARADOXO APRESENTADO...	93
5. <u>CONCLUSÃO</u>	104
6. <u>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS</u>	107

1. INTRODUÇÃO

Não são poucos os que alardeiam o discurso dos direitos humanos como o discurso vencedor da virada do milênio, como o grande mito jurídico do final do século XX¹. Ainda que por muitas vezes a efetividade destes direitos não consiga ultrapassar o campo retórico, inegável a sua força enquanto sistema de valores que informa o ordenamento jurídico nacional e internacional com maior ou menor intensidade.

Stanley Cohen sustenta ser inegável o fato de que o discurso em torno destes direitos se consolidou como a meta-narrativa dominante, como a linguagem normativa-política predominante do mundo atual². Tanto o é que é usado como *slogan* político, argumento jurídico e fundamento de coesão social pelos mais diversos grupos políticos e sociais.

Cohen observa ainda que esta é uma trama discursiva extremamente complexa, cheia de contradição e ambiguidade³. Isto porque, não existe sequer consenso se a construção narrativa ao redor dos direitos humanos seria de fato um discurso ou se seria uma categoria jurídica, uma instituição social, uma ideologia, uma retórica, um ideal ou até mesmo um conjunto de critérios morais que adentraram o ordenamento jurídico⁴.

Para os fins deste trabalho, entretanto, será usada a denominação discurso dos direitos humanos para se referir à construção teórica e jurisprudencial formulada ao redor dos direitos humanos em sua acepção contemporânea e do direito internacional dos direitos humanos. Opta-se por esta terminologia em razão desta ter sido adotada pelos trabalhos que mais fortemente influenciaram a realização da presente pesquisa. Cabe fazer a advertência de que será utilizada igualmente e de forma intercambiável a expressão linguagem dos direitos humanos para se referir a este discurso, não se pretendendo com isto fazer qualquer alusão às teorias da linguagem.

A complexidade dos direitos humanos, contudo, não se limita à sua nomenclatura. O que vem a ser os direitos humanos ainda é um campo em disputa.

¹ GARCIA, Margarida. *Le rapport paradoxal entre les droits de la personne et le droit criminel: les théories de la peine comme obstacles cognitifs à l'innovation*, p. 88.

² COHEN, Stanley. *Human rights and crime of the State: the culture of denial*, p. 99.

³ *Idem*, p. 62.

⁴ GARCIA, Margarida. *Op. cit.*, p. 83.

Para além de todo o debate do universalismo e do relativismo, questiona-se igualmente se os direitos humanos seriam um projeto que apenas abarca direitos individuais ou se também abarcaria direitos das mais diversas coletividades, entre outras controvérsias.

A construção teórica a respeito dos direitos humanos sempre encontra limitações por força da fluidez e indeterminação de seu objeto, assim como pelo seu caráter aberto e amplo. Não é à toa que autores como Costas Douzinas afirmam que os direitos humanos têm apenas paradoxos a oferecer⁵.

No mesmo sentido comenta Regina Reyes Novaes que os direitos humanos são um “tema bom para pensar”, pois através desta categoria é possível desvelar variados paradoxos acumulados ao longo da história humana, ao mesmo tempo em que é um tema que exige escolhas e tomadas de posição frente aos conflitos sociais do presente⁶.

Um dos paradoxos que tem ganhado destaque dentro da discussão sobre os direitos humanos diz respeito à relação entre o direito penal e o discurso do direito internacional dos direitos humanos. François Ost resume este paradoxo ao afirmar que o que se tem procurado investigar é se atualmente a função humanizante do discurso dos direitos humanos dentro do sistema de justiça criminal tem sido acompanhada paralelamente por uma função inversa deste mesmo discurso, uma vez que tem sido observado o uso desta narrativa discursiva como forma de legitimar este “direito odioso” e fundamentar a sua expansão⁷.

O que se busca estudar é se o discurso do direito internacional dos direitos humanos, tradicionalmente ligado a um esforço de contenção e racionalização do uso do poder punitivo por parte do Estado, não acabou por incorporar uma racionalidade punitivista e foi cooptado como argumento jurídico e moral para uma ampliação da incidência do controle penal.

Yves Cartuyvels trabalha com este paradoxo dizendo que os direitos humanos são ao mesmo tempo freios e amplificadores da criminalização⁸. Françoise Tulkens e Michel Van de Kerchove vão usar as expressões “boa consciência” e “má

⁵ DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*, p. 17.

⁶ NOVAES, Regina Reyes. *Antropologia e direitos humanos*, p. 9.

⁷ OST, François. *Quand l'enfer se pave de bonnes intentions...* a propos de la relation ambivalente du droit pénal et des droits de l'homme, p. 9.

⁸ CARTUYVELS, Yves. *Droit penal et droits de l'homme: un retournement?*

consciência” para indicar os papéis que tal discurso desempenha dentro da construção, legitimação e expansão do sistema penal.

Em textos francófonos, entretanto, a denominação mais comum para essas duas funções distintas dos direitos humanos na seara penal é a da função “escudo” (*bouclier*) e a da função “espada” (*épée*), tanto o é que esta terminologia é a adotada no título da obra mais relevante para este trabalho: “*Les droits de l’homme bouclier ou épée du droit pénal?*”.

Enquanto “escudo”, os direitos humanos servem como proteção ao cidadão face ao poder do Estado, visando conter os excessos do poder punitivo⁹. No exercício desta função, os direitos humanos delimitam a incidência do poder de punir de várias formas: limitam as condutas que podem ser criminalizadas; explicitam o modo como deverá ser conduzido o processo penal e exarada a condenação; bem como auxiliam na escolha da pena a ser imposta e a maneira como ela será cumprida¹⁰.

Os direitos humanos, neste aspecto, são o parâmetro de justiça das normas penais e processuais penais, assim como o parâmetro de adequação do tratamento dispensado aos réus e condenados dentro das unidades prisionais e pelas autoridades públicas. Constituem, igualmente, limitações ao exercício do poder de polícia do Estado, em especial no decorrer da fase investigatória¹¹.

Na narrativa tradicional moderna a respeito do sistema penal, a função “escudo” dos direitos humanos anda lado a lado com o ideal burguês do direito penal como meio de contenção do poder estatal. No entanto, o que vem se observando contemporaneamente é que sob a argumentação discursiva dos direitos humanos, em especial do direito internacional dos direitos humanos, tem-se fundamentado a necessidade do recrudescimento da repressão penal, seja pela criminalização de novas condutas, pelo aumento da severidade das penas fixadas ou pela supressão de garantias ao longo do processo penal.

A desconfiança que os defensores dos direitos humanos tinham da repressão penal estatal se mitiga e cede lugar a uma demanda pela punição de um número cada vez maior de condutas e com uma severidade acentuada. A este respeito, aponta-se como os movimentos negros, feministas e LGBTs, entre outros,

⁹ OST, François. *Op. cit.*, p. 10.

¹⁰ GARCIA, Margarida. *Op. cit.*, p. 51.

¹¹ AMATRUDO, Anthony; BLAKE, Leslie William. *Human rights and the criminal justice system*, p. 1.

têm exaltado com maior frequência a necessidade de criminalização de condutas que vitimizam pessoas pertencentes a esses grupos. Outras demandas que se enquadram nesta virada punitivista são a luta contra a impunidade face a graves violações de direitos humanos, a demanda pela revogação das leis de anistia e o pleito de criação de tribunais penais internacionais permanentes e *ad hoc*¹².

Surge então a função “espada” dos direitos humanos: uma função de legitimação do sistema penal e de justificação da necessidade de expansão do controle penal.

William Schabas aponta que, no plano do direito internacional dos direitos humanos, o início dessa nova função se deu com o julgamento do *Caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras* pela Corte Interamericana de Direitos Humanos¹³. Neste julgamento restou estabelecido que o Estado tem, do ponto de vista do direito internacional dos direitos humanos, a obrigação de punir graves violações de direitos humanos.

É sintomático que o autor tenha escolhido um julgamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos como o *turning point* da relação deste ramo do direito com o direito penal. De fato, os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos são o ambiente propício para a construção teórica de um dever do Estado de punir mais e mais rigorosamente, uma vez que nesses sistemas o que se busca aferir é a responsabilidade estatal e não uma responsabilidade individual face a uma acusação de violação de direitos humanos.

Tal conclusão reforça a necessidade de se estudar o modo como a relação entre esses dois ramos do direito tem se construído nos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos. No presente trabalho, o enfoque maior será nos Sistemas Interamericano e Europeu, deixando-se de analisar o Sistema Africano de Proteção dos Direitos Humanos. Esta escolha foi motivada pelos seguintes fatores: a) pela ausência de uma jurisprudência consolidada no Sistema Africano de Proteção dos Direitos Humanos em relação à temática aqui trabalhada; b) pelo fato de que a discussão da relação entre o Sistema Africano e o direito criminal está tomando contornos distintos em comparação aos outros dois sistemas, pois atualmente se debate a possibilidade de conferir à Corte Africana de Direitos

¹² SCHABAS, William. *Droit pénal international et droit international des droits de l’homme: faux frères?*, p. 165-166.

¹³ *Idem*, p. 166.

Humanos e dos Povos jurisdição para julgar a responsabilidade individual criminal; e c) pela escassez de material relativo à temática objeto deste estudo.

Como não seria possível discutir todas as facetas do paradoxo existente na relação do direito penal com o direito internacional dos direitos humanos, optou-se por restringir o objeto de estudo à relação paradoxal estabelecida entre estes dois ramos do direito em relação ao campo das incriminações, averiguando como o discurso do direito internacional dos direitos humanos é usado tanto para promover a descriminalização de algumas condutas, quanto para justificar a criação de novos tipos penais.

A escolha por este paradoxo, em detrimento dos outros, deu-se em função do caráter simbólico que tem “nomear o mal e dizer o bem” dentro de uma sociedade, para usar a expressão de Mireille Delmas-Marty¹⁴. Estudar a criminalização e descriminalização de algumas condutas é estudar os valores de uma determinada sociedade.

Tal análise se torna ainda mais imprescindível, tendo em vista que contemporaneamente, segundo sustentam Antoine Garapon e Denis Salas, o direito penal parece ser a linguagem adotada para dar sentido à experiência humana¹⁵.

A fim de que seja possível se analisar com maior clareza este paradoxal uso do discurso do direito internacional dos direitos humanos, será necessário primeiramente se debruçar sobre o estudo de como ocorreu esta mudança do discurso. Para tanto, no primeiro capítulo será apresentada a narrativa tradicional a respeito da relação entre o direito penal e o discurso dos direitos humanos, apontando a partir de qual momento ocorreu a aproximação do discurso internacional dos direitos humanos com uma perspectiva mais punitivista de direito penal.

O segundo capítulo, a seu turno, cuidará de apresentar como o discurso do direito internacional dos direitos humanos tem sido usado para fundamentar a necessidade de se descriminalizar algumas condutas. No âmbito do Sistema Europeu de Proteção de Direitos Humanos serão analisados os casos em que se tratou da descriminalização da homossexualidade masculina, ao passo que em relação ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos serão

¹⁴ DELMAS-MARTY, Mireille. *A imprecisão do direito: do código penal aos direitos humanos*, p. 12.

¹⁵ GARAPON, Antoine; SALAS, Denis. *La république pénalisée*, p. 26.

trabalhados os casos em que a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos discutiram a descriminalização do delito de desacato.

Por sua vez, o terceiro capítulo tratará do fenômeno inverso, isto é, do uso do discurso do direito internacional dos direitos humanos como justificativa para a criminalização de novas condutas. Quanto ao Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos, foi feita a escolha de se trabalhar com os casos que impuseram aos Estados condenados a obrigação positiva de criar um tipo penal autônomo e específico que criminalizasse a conduta de submeter alguém a trabalho escravo, trabalho forçado ou trabalho forçado em regime doméstico. Em relação ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, debateu-se a obrigação positiva de criminalizar a prática de desaparecimentos forçados.

Ao final do terceiro capítulo serão feitas algumas considerações críticas em relação aos argumentos adotados em cada uma das decisões debatidas a fim de se esclarecer as limitações destes fundamentos e remarcar a necessidade de se manter uma vigilância crítica em relação a esta virada punitivista do discurso do direito internacional dos direitos humanos.

Por último, será feita uma síntese das discussões travadas em cada capítulo, assim como serão esboçadas algumas conclusões.

2. SOBRE DISCURSOS E PARADOXOS – A RELAÇÃO TENSA ENTRE OS DIREITOS HUMANOS E O SISTEMA PUNITIVO

Este capítulo cuidará de apresentar a narrativa tradicional a respeito do surgimento do direito penal moderno e dos direitos humanos modernos e contemporâneos e do desenrolar desta relação até os dias atuais, destacando sempre os pontos de encontro e desencontro destes ramos.

O objetivo central desta parte do trabalho é demonstrar como essas duas vertentes do discurso dos direitos humanos tiveram impactos diferentes em três áreas distintas do sistema penal: a) incriminação; b) penas; e c) processo penal.

Ressalta-se, desde logo, que não se pretenderá fazer uma análise histórica propriamente dita, fazendo-se somente remissão às características mais importantes de ambos os direitos através de notas históricas. Outra advertência que merece ser feita é a de que será apresentada a narrativa clássica do direito penal e dos direitos humanos, narrativa esta que vem sendo cada vez mais criticada por vários grandes estudiosos. Passa-se ao largo de apontar as críticas feitas a essa narrativa, tendo em vista que o objeto do estudo é o discurso em torno destes direitos. Por fim, faz-se a ressalva que a narrativa apresentada é a narrativa trazida pelos principais marcos teóricos utilizados neste trabalho, o que torna mais fácil entender o ponto de partida e o ponto de chegada das teorias por eles esboçadas.

2.1. O SURGIMENTO DO DIREITO PENAL E DOS DIREITOS HUMANOS MODERNOS

Explica Salo de Carvalho que, desde a perspectiva da filosofia política, os “inúmeros atos e as diversas enunciações de fundação da Modernidade estiveram associados à ideia básica da necessidade de diluição e de contenção dos poderes, sobretudo os punitivos”¹⁶.

O projeto de direito penal dos pensadores clássicos e do iluminismo possuía um ideal de ordem visando, por um lado, assegurar a proteção do Príncipe e dos interesses do Estado e, por outro lado, objetivava assegurar a proteção dos direitos e liberdades do sujeito de direito face ao poder do Estado¹⁷. Conforme ensina Yves

¹⁶ CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*, p. 203.

¹⁷ CARTUYVELS, Yves. *Op. cit.*, p. 26.

Cartuyvels, este objetivo só seria atingido se fossem estabelecidas leis penais coerentes e um aparelho estatal que centralizasse o processamento de infrações penais¹⁸. Neste contexto é que se inicia o movimento de codificação do direito penal, conferindo ao direito penal um caráter unitário e simplificado, ao mesmo tempo em que se instaura uma justiça penal secular.

Cartuyvels não deixa de remarcar o caráter humanista que tem esse projeto. Ao racionalizar o processo de produção de normas penais, tal projeto impõe limites mais precisos à intervenção penal por parte do Estado a fim de preservar as liberdades públicas dos cidadãos¹⁹.

No final do século XVIII e início do século XIX, o direito penal é visto como um direito “odioso”. Por isso, foram despendidos esforços no sentido de racionalizar a sua aplicação, esforço este que implicou na criação de alguns princípios a serem utilizados como parâmetro de incidência deste direito. Dentre eles, destaca-se o princípio da legalidade das incriminações, o princípio da irretroatividade da lei penal, o princípio da interpretação estrita, o princípio da legalidade e moderação das penas e o princípio da subsidiariedade.

O que se pretendia conseguir através da instituição destes princípios era garantir a previsibilidade, a moderação e a eficácia do uso desta forma de repressão estatal²⁰. Eram as liberdades e a segurança dos cidadãos face à intervenção estatal o que se pretendia preservar (ao menos no discurso).

Verifica-se, assim, que desde o princípio do movimento da codificação estava presente a preocupação da contenção do poder punitivo do Estado. Tal preocupação também se faz presente desde o início da história moderna dos direitos do homem. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 é, em síntese, um manifesto contra o arbítrio do Antigo Regime e de seu sistema repressivo.

Cartuyvels ressalta que a Declaração dos Direitos do Homem de 1789 se funda claramente no reconhecimento do caráter “odioso” do direito penal e no princípio da subsidiariedade da aplicação deste direito face à existência de outros ramos jurídicos aptos a tutelar juridicamente a eventual questão a ser dirimida²¹.

¹⁸ CARTUYVELS, Yves. *Op. cit.*, p. 26.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Idem*, p. 23.

O direito penal é para os direitos humanos, desde o princípio, uma das manifestações mais importantes e flagrantes da repressão estatal. Não é despropositado, portanto, que desde então os grandes instrumentos normativos de direitos humanos tenham tomado o cuidado de positivar normas visando proteger o indivíduo titular de direitos das ingerências do sistema penal²². A maioria destes direitos positivados são garantias processuais como o direito a um advogado, o direito ao silêncio e o direito a um recurso efetivo, dentre outras.

Antes assegurados somente a nível nacional e com a nomenclatura de direitos fundamentais, com o final da Segunda Guerra Mundial os direitos humanos passaram por um processo de internacionalização e pretensa universalização. No período pós-Segunda Guerra Mundial observa-se a proliferação de diversos tratados internacionais a respeito da temática.

Criou-se um Sistema Universal de Proteção dos Direitos Humanos - a Organização das Nações Unidas (ONU) - através da assinatura da Carta de São Francisco em 1945. Como importantes documentos deste sistema cita-se a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, também conhecida como Declaração de Paris, assim como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos do ano de 1966.

Paralelamente à criação do Sistema Universal de Proteção dos Direitos Humanos, instituiu-se os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, dentre eles o Sistema Interamericano e o Sistema Europeu que serão os sistemas trabalhados ao longo deste trabalho.

Ressalta-se o impacto que a criação de tais sistemas teve no controle da efetivação, proteção e promoção dos direitos humanos. Antes de seu surgimento, a responsabilidade pelo adimplemento dos direitos humanos estava exclusivamente nas mãos do Estado, entidade que notoriamente é uma das principais responsáveis pelas violações destes direitos.

Ainda que os integrantes da espécie humana tenham passado a ser sujeitos do direito internacional público antes da instauração do Sistemas Interamericano e Europeu, é inegável que a criação destes sistemas ampliou o papel dos homens e mulheres enquanto sujeitos de direito no âmbito internacional e trouxe novos atores

²² SCHABAS, William. *Op. cit.*, p. 165.

na construção da relação do Estado com os direitos humanos, o que indubitavelmente ensejou impacto na esfera penal.

Em um primeiro momento, observa-se que o reconhecimento da existência de direitos humanos, tanto no nível nacional (direitos fundamentais) quanto na esfera internacional, serviu para conter e racionalizar o poder punitivo estatal.

Para explicitar melhor esta limitação do arbítrio estatal na seara penal promovida pelos direitos humanos desde os primórdios da sua positivação faz-se necessário apresentar o impacto que eles tiveram em três planos diferentes da seara criminal, o que se fará a seguir.

2.2. A FUNÇÃO “ESCUDO” DOS DIREITOS HUMANOS DENTRO DO SISTEMA PENAL

François Ost esclarece que, historicamente, os direitos humanos serviam como “escudo” aos excessos em potencial do poder punitivo, limitando a sua incidência em três planos: no plano normativo; no plano sancionador; e no plano processual penal²³.

Como já adiantado na introdução, este trabalho procurará estudar o paradoxo entre a relação do direito penal com o discurso do direito internacional dos direitos humanos enfocando a questão da criminalização e descriminalização de condutas. Por isto a análise deste plano será retomada e expandida nos próximos capítulos, servindo a presente parte desta dissertação como uma tentativa de contextualizar este debate dentro das várias ambiguidades apresentadas no relacionamento entre o direito penal e o discurso dos direitos humanos. Serão feitos apenas alguns comentários a respeito de cada plano a fim de situar como o paradoxo que se pretende analisar nesta pesquisa se repete em cada um deles, ainda que com valores e princípios diferentes.

No plano normativo, a “boa consciência” dos direitos humanos é exercida principalmente através do princípio da legalidade. Yves Cartuyvels explica que a existência deste princípio de direito penal implica na necessidade de que as condutas típicas sejam escritas de maneira breve, clara e precisa e sejam criminalizadas através de leis. O autor vai além e explica que tais características

²³ OST, François. *Op. cit.*, p. 8-9.

atingem os seguintes objetivos: a) garantir que a norma penal será mais e melhor conhecida; b) favorecer a previsibilidade e segurança nos relacionamentos sociais; c) e, garantir a separação e a hierarquia dos poderes, evitando que o magistrado se imiscua nas funções do legislador²⁴. Derivam deste princípio os princípios da interpretação estrita do direito penal e o princípio da não-retroatividade de lei penal maléfica.

Outros princípios importantes relacionados a este plano são os princípios da subsidiariedade do direito penal e o princípio da proporcionalidade. Tais princípios são responsáveis por reforçar o caráter de *ultima ratio* do direito, isto é, a máxima de que o direito penal só deve atuar quando os outros ramos jurídicos forem incapazes de tutelar adequadamente o bem jurídico em questão.

É neste momento que se observa o uso do discurso dos direitos humanos como um argumento jurídico em favor da descriminalização de algumas condutas que não passam pelo crivo destes princípios. A título exemplificativo cita-se o entendimento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) a respeito da criminalização do tipo penal de desacato. Segundo a Comissão, a criminalização desta conduta seria inconveniente, uma vez que violaria a garantia da liberdade de expressão prevista no artigo 13, da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH).

Da mesma forma, a Corte Europeia de Direitos Humanos (CtEDH), em casos que também envolvem alegações de violações à liberdade de expressão (artigo 10, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem), tem reconhecido a desproporcionalidade de se adotar o caminho da criminalização. Neste sentido foram as decisões nos *Casos Du Roy e Malaurie vs. França* e *Cumpănă e Mazăre vs. Romênia*²⁵.

No âmbito do Sistema Europeu há de se mencionar ainda o emblemático *Caso Dudgeon vs. Reino Unido* em que se julgou que a criminalização da homossexualidade masculina na Irlanda do Norte violava a Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH).

No segundo plano, no plano sancionatório, também se percebe como os direitos humanos atuam como “freios” buscando evitar a imposição de penas severas e desproporcionais. O grande princípio informador deste plano é o princípio

²⁴ CARTUYVELS, Yves. *Op. cit.*, p. 27.

²⁵ TULKENS, Françoise. *The paradoxical relationship between criminal law and human rights*, p. 580.

da legalidade das penas. Assim como o princípio da legalidade no plano normativo implicava que só seria típica a conduta prevista em lei, aqui o princípio da legalidade determina que apenas serão impostas aos condenados as modalidades de sanções criminais previstas em lei.

Apesar de, em se tratando de direito penal, não ser possível realizar a pretensão de excluir integralmente o caráter aflitivo e infamante da pena, em decorrência deste princípio se determinará que as penas devam ser moderadas e diretamente proporcionais à conduta criminosa perpetrada²⁶.

No *Caso Soering vs. Reino Unido*, a CtEDH decidiu que o princípio geral de proporcionalidade entre a conduta delituosa praticada e as penas poderia ser derivado da vedação prevista no artigo 3 da CEDH, dispositivo que proíbe a imposição de penas e tratamentos desumanos²⁷. Assim, eventual desproporção poderia ser considerada uma violação de direitos humanos nos termos da CEDH.

O Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos também se manifestou sobre a necessidade de proporcionalidade entre os delitos perpetrados e as penas pecuniárias fixadas no *Caso Valico s.r.l. vs. Itália*. A grande diferença em relação ao julgado anterior é que neste caso o princípio da proporcionalidade foi extraído das previsões do artigo 1º do Primeiro Protocolo Adicional da Convenção Europeia dos Direitos do Homem²⁸.

Não é somente o Sistema Europeu que vem se manifestando a respeito desta temática. Quando do julgamento do *Caso Caesar vs. Trinidad e Tobago*, a Corte Interamericana de Direitos Humanos analisou a condenação de Winston Caesar por um crime contra a dignidade sexual. À Caesar foram impostas como sanções criminais penas corporais e de trabalhos forçados. Na ocasião, a CtIDH sustentou a interpretação de que os castigos corporais são incompatíveis com a proibição de tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos e degradantes contida no artigo 5º da CADH²⁹.

Ainda quanto ao plano sancionatório, necessário se faz mencionar que muitos associam também o uso do discurso dos direitos humanos como um dos catalisadores do movimento de abolição da pena de morte ao redor do globo.

²⁶ CARTUYVELS, Yves. *Op. cit.*, p. 28.

²⁷ VAN DROOGHENBROECK, Sébastien. *Droit penal et droits de l'homme: le point de vue de la Cour européenne des droits de l'homme*, p. 81.

²⁸ *Idem*, p. 82.

²⁹ LIMA, Raquel da Cruz. *O direito penal dos direitos humanos: paradoxos no discurso punitivo da Corte Interamericana de Direitos Humanos*, p. 103-104.

Contudo, tal tese vem sendo confrontada por alguns autores, merecendo destaque o artigo “*Les relations entre les systèmes d’idées: droits de la personne et théories de la peine face à la peine de mort*” escrito em coautoria por Álvaro Pires e Margarida Garcia. Nesta obra, os autores sustentam que o discurso do direito internacional dos direitos humanos só foi associado à luta contra a pena de morte após esta já ter sido abolida na maioria dos países.

As condições em que a pena privativa de liberdade deve ser cumprida e os seus objetivos também se encontram regulados por documentos de direito internacional dos direitos humanos. Segundo dispõe o artigo 10, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, “toda pessoa privada de sua liberdade deverá ser tratada com humanidade e respeito à dignidade inerente à pessoa humana” e que “o regime penitenciário consistirá num tratamento cujo objetivo principal seja a reforma e a reabilitação normal dos prisioneiros”. O conteúdo destas disposições é repetido por vários outros documentos internacionais dedicados à temática como as Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos e os Princípios Básicos Relativos ao Tratamento de Reclusos.

Por fim, Yves Cartuyvels sustenta que é no terceiro plano, no plano processual penal, que é possível vislumbrar com maior clareza a dimensão garantista da associação entre a concepção moderna de direito penal e a concepção contemporânea de direito internacional dos direitos humanos³⁰. Serão vários os princípios introduzidos neste âmbito visando conter o poder de punir estatal. Cita-se a garantia dos direitos da defesa, a presunção de inocência, a publicidade do processo penal, a limitação do uso da prisão cautelar, a separação entre acusador e julgador e a proibição da tortura como meio de produção de provas³¹.

Assim, a partir dessa breve incursão sobre a influência do discurso dos direitos humanos dentro destes três planos, resta esclarecido o quão intrinsecamente ligados estão estes dois ramos do direito.

Contudo, o forte movimento de simbiose entre estas duas áreas jurídicas tem provocado a criação de uma nova forma de relacionamento entre elas. O discurso dos direitos humanos que era visto como uma narrativa discursiva de contenção do arbítrio do poder punitivo vem cada vez mais sendo invocado como fundamento da legitimação e expansão de um direito penal progressivamente mais

³⁰ CARTUYVELS, Yves. *Op. cit.*, p. 29.

³¹ *Ibidem*.

repressivo, em especial quando se trata do discurso do direito internacional dos direitos humanos.

O próximo tópico deste trabalho cuidará de tentar apontar o momento em que o discurso internacional dos direitos humanos adota a punição como uma de suas bandeiras principais.

2.3. A VIRADA PUNITIVISTA DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Antoine Garapon e Denis Salas sustentam que atualmente vivemos um momento de penalização da vida social, no sentido de que o direito penal passa a ser a grande linguagem da democracia. Discursos de ordem política, social, afetiva e econômica vêm sendo substituídos pelo discurso da necessidade de sanção a todo comportamento tido por desviante³². Num mundo globalizado em que incertezas proliferam, o direito penal parece ser a linguagem adotada para dar sentido à experiência humana³³.

Margarida Garcia explica que vivemos uma espécie de “moralismo punitivo” e que tal fenômeno tem por consequência a crença de que um valor ou um bem jurídico só está devidamente protegido pelo Estado quando qualquer atentado a este valor ou bem jurídico é criminalizado através do direito penal³⁴.

A proteção penal concedida a um bem jurídico ou valor contemporaneamente denota que este tem um peso social maior. Faz-se um juízo de valor a respeito do bem ou valor no momento em que se autoriza a sua tutela penal. É precisamente este efeito simbólico da criminalização da conduta, o efeito de alçar o bem ou valor a uma posição de prestígio dentro da sociedade que justifica a identificação cada vez maior do discurso do direito internacional dos direitos humanos com uma visão punitivista da sociedade.

Exemplos desse fenômeno são facilmente perceptíveis nos discursos dos movimentos sociais, em especial, os relacionados ao feminismo e aos direitos LGBT. Os movimentos feministas vêm buscando cada vez mais o endurecimento das políticas de repressão à violência doméstica e aos crimes contra a dignidade sexual.

³² GARAPON, Antoine; SALAS, Denis. *La république pénalisée*, p. 12-13.

³³ *Idem*, p. 26.

³⁴ GARCIA, Margarida. *Op. cit.*, p. 55-56.

Os grupos LGBTs, por sua vez, ostentam como uma de suas principais bandeiras a criminalização da homofobia. Esta pretensão de criminalização de condutas tem sido manifestada não só através da litigância e militância em nível nacional, mas também em nível internacional, sendo as cortes internacionais de direitos humanos um dos principais palcos de debate.

Muitas críticas são lançadas contra essa utilização do discurso punitivo por parte dos defensores de direitos humanos. No texto “A esquerda punitiva”, Maria Lúcia Karam crítica fortemente a adoção da linguagem punitiva por parte de amplos setores da esquerda brasileira.

Maria Lúcia Karam é contundente em seu criticismo ao recurso à voz penal. Sua argumentação gira principalmente em torno do fato de que o sistema penal, como é notoriamente sabido, é utilizado para oprimir uma parcela bem específica da população. Para a autora eventual criminalização penal ou recrudescimento das sanções penais não impedirá que essa seletividade continue se propagando, mantendo-se a repressão às classes menos favorecidas e a impunidade dos delitos cometidos pelas classes economicamente mais fortes. Ao longo do texto, a pesquisadora ainda ressalta que o fato de um ou outro membro das classes superiores serem condenados criminalmente serviria “tão somente para legitimar o sistema penal e melhor ocultar seu papel de instrumento de manutenção e reprodução dos mecanismos de dominação”³⁵.

Daniel Pastor tampouco economiza no criticismo. Pastor denomina este fenômeno de “neopunitivismo” e acredita que os movimentos sociais, as organizações não-governamentais e os defensores de direitos humanos são cooptados por aquilo que Jesus-María Silva Sánchez chama de fascinação pelo direito penal³⁶. Ainda que o autor considere pertinente a utilização da via penal para o tratamento de algumas graves violações de direitos humanos, ele entende que a supressão de garantias dos acusados promovida pelo “direito penal dos direitos humanos” concede ao Estado um poder absoluto, poder este que em uma democracia não deveria existir.

Em um primeiro momento, poderia parecer que a virada punitiva do discurso do direito internacional dos direitos humanos seria um caminho instintivo no decorrer

³⁵ KARAM, Maria Lucia. *A esquerda punitiva*, p. 81.

³⁶ PASTOR, Daniel. *La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos*, s.p.

do desenvolvimento desta área jurídica, que faria parte de uma evolução linear deste ramo do direito. Contudo, observa-se que há cerca de trinta anos atrás tal caminho pareceria improvável.

A partir de uma análise do histórico de atuação da organização não-governamental (ONG) Anistia Internacional, Karen Engle buscou descobrir quais fatores foram determinantes para a expansão do recurso ao direito penal no âmbito do discurso do direito internacional dos direitos humanos. Segundo a autora, a opção de tomar como base para o estudo a ONG Anistia Internacional foi motivada por duas razões. Em primeiro lugar, para demonstrar que apenas recentemente a palavra “anistia” passou a ser vista de uma forma negativa dentro do discurso dos direitos humanos. A segunda razão seria o fato desta ONG adotar posicionamentos a respeito dos fenômenos da impunidade e da anistia que refletiam e refletem a maior parte dos posicionamentos das demais ONGs de direitos humanos³⁷.

Engle esclarece logo no início do seu texto intitulado “*Anti-impunity and the turn to criminal law in human rights*” que a adoção de uma linguagem punitiva não era uma trajetória óbvia dentro do direito internacional público nem do direito internacional dos direitos humanos³⁸.

A pesquisadora sustenta que, entre metade dos anos 70 e final dos anos 80, os movimentos de direitos humanos, em especial as principais ONGs de direitos humanos sediadas na Europa e nos Estados Unidos, estavam principalmente preocupados com a proteção dos direitos individuais civis e políticos³⁹. Não se buscava que os Estados processassem indivíduos que haviam cometido violações de direitos humanos, em boa parte porque naquela época o Estado era visto como o grande violador de direitos humanos⁴⁰. Tanto o é que a litigância em matéria de direitos humanos se concentrava majoritariamente em temas como a criminalização de atividades políticas por parte do Estado e na luta contra abusos ocorridos dentro dos sistemas penais⁴¹.

Engle narra que durante a década de 60 a Anistia Internacional se preocupou inicialmente com os direitos dos presos políticos, porém acabou expandindo suas atividades e passou a desenvolver críticas pertinentes ao

³⁷ ENGLE, Karen. *Anti-impunity and the turn to criminal law in human rights*, p. 1072.

³⁸ *Idem*, p. 1071.

³⁹ *Idem*, p. 1073.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ *Ibidem*.

tratamento de todas as pessoas privadas de suas liberdades. No início dos anos 70, passou a integrar as suas bandeiras a luta contra a pena de morte. Tais pautas refletem a percepção da ONG a respeito do poder punitivo do Estado, poder este que não raras vezes se excedia⁴².

Importante ressaltar, assim como fez Engle, que durante os anos 70 e 80 inexistiam tribunais penais internacionais responsáveis por julgar violações de direitos humanos perpetradas por indivíduos. Destaca-se, igualmente, que o debate a respeito da criação de um tribunal penal internacional permanente naquele momento histórico havia minguado, tendo só ganhado força novamente a partir da metade dos anos 90⁴³.

É justamente nos anos 90 que Karen Engle localiza a virada punitivista do direito internacional dos direitos humanos. Por um lado, tem-se a aprovação da criação do Tribunal Penal Internacional para a ex-Yugoslávia em 1993 e a criação do Tribunal Penal Internacional para Ruanda em 1994, intensificando-se assim o processo de desenvolvimento de um Direito Penal Internacional. Por outro lado, cresce dentro dos movimentos sociais e das ONGs um ímpeto contrário à impunidade⁴⁴.

Em 1991, a Anistia Internacional lançou uma Declaração de Políticas a respeito da Impunidade, documento no qual apontou a impunidade como um dos principais fatores que contribuíam à reprodução de padrões persistentes de graves violações de direitos humanos ao redor do mundo⁴⁵. Impende ressaltar que nesta oportunidade a Anistia Internacional demarca o seu posicionamento a respeito da impunidade afirmando que ela não é um mero inadimplemento da obrigação estatal de reparar uma violação de direitos humanos, mas sim a razão pela qual esta violação ocorreu e outras mais irão tomar lugar⁴⁶. Tal entendimento vai ser reiterado posteriormente em vários outros documentos da organização.

Frisa-se que a impunidade que se procura combater pode ser tanto decorrente de uma omissão do Estado em investigar e identificar quem seriam os responsáveis pela perpetração da violação ou decorrente da decisão expressa de

⁴² ENGLE, Karen. *Op. cit.*, p. 1073-1074.

⁴³ *Idem*, p. 1074.

⁴⁴ *Idem*, p. 1077.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ *Idem*, p. 1077-1078.

deixar de processar criminalmente tais responsáveis como, por exemplo, através de leis de anistia⁴⁷.

Quanto à questão da anistia, cumpre ressaltar que o seu uso em contextos de transição de regimes nem sempre foi considerado algo ruim. Conforme descreve Engle, existia um debate em torno da utilidade de persecuções criminais em sociedades que se encontravam em momentos de transição de poder. Muitos consideravam incompatíveis os ideais de paz e verdade com a ideia de instaurar processos criminais para a apuração de eventuais violações de direitos humanos. Os defensores da concessão da anistia afirmavam a sua importância argumentando que através da garantia de imunidade (garantia de que não ocorreriam persecuções criminais) seria mais fácil a negociação de uma transição de regime pacífica, bem como a obtenção do relato dos fatos por parte dos perpetradores a respeito das violações de direitos humanos que se sucederam⁴⁸.

Com o tempo, entretanto, instituições internacionais, defensores de direitos humanos e cortes internacionais de direitos humanos começaram a rejeitar esta dicotomia e passaram a proclamar a necessidade da persecução criminal como meio para se atingir a verdade e, conseqüentemente, a paz⁴⁹. Esta alteração de entendimento pode ser verificada no âmbito da Organização das Nações Unidas, assim como na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Inegável, portanto, que o movimento que pleiteia a revogação das leis de anistia faz parte desta tendência maior da adoção de uma linguagem punitiva por parte do direito internacional dos direitos humanos.

Esta mudança de posicionamento das instâncias internacionais de proteção de direitos humanos foi viabilizada através da criação da teoria das obrigações positivas. Se antes se buscava uma abstenção do Estado, no sentido de diminuir a sua ingerência na vida dos cidadãos, com o desenvolvimento jurisprudencial da teoria das obrigações positivas defende-se que a atuação do Estado é necessária para a plena efetivação dos direitos humanos tutelados pelos grandes tratados internacionais a respeito da temática. É desta concepção que vai surgir o dever do Estado de investigar, processar e punir, dever este diretamente ligado a uma expansão do direito penal como será debatido no terceiro capítulo.

⁴⁷ ENGLE, Karen. *Op. cit.*, p. 1077-1078.

⁴⁸ *Idem*, p. 1086-1087.

⁴⁹ *Idem*, p. 1090-1091.

Ressalta-se, por fim, a importância da criação dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos dentro deste fenômeno. Isto porque, foi a faculdade de judicializar ações perante estes sistemas que abriu a diversos defensores de direitos humanos a possibilidade de questionar a justiça das políticas criminais e das penas impostas⁵⁰. Se por um lado isto abriu margem para um questionamento visando a redução do uso do poder punitivo, por outro lado esta medida também abriu espaço para que seja pleiteado o contrário, isto é, uma expansão do campo de incidência do direito penal.

Apresentados os motivos pelos quais se acredita ter sido desenvolvida esta nova forma de relação entre o direito penal e o direito internacional dos direitos humanos, passa-se agora a apresentar o impacto causado por este fenômeno nos três planos mencionados na segunda parte deste capítulo.

2.4. A FUNÇÃO “ESPADA” DO DISCURSO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS

Conforme aponta Margarida Garcia, essa virada punitiva do direito internacional dos direitos humanos vai ter como consequência a multiplicação das normas de incriminação, o aumento das demandas de reforma da legislação criminal, o aumento da importância do papel da vítima dentro do processo penal, entre outras consequências⁵¹.

Quanto ao campo normativo, Yves Cartuyvels observa uma deturpação do princípio da legalidade, ao menos tomando-se em conta o seu sentido original. Proliferam-se tipos penais sem contornos definidos, com enunciados muito amplos. Ademais, observa-se o recurso a outras fontes que não a lei para a tipificação de condutas⁵².

Uma certa relativização do princípio da legalidade tem sido percebida na jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos. Tem sido admitida pela Corte de Estrasburgo a possibilidade do esclarecimento gradual das regras da

⁵⁰ GARCIA, Margarida. *Op. cit.*, p. 76.

⁵¹ *Idem*, p. 51.

⁵² CARTUYVELS, Yves. *Op. cit.*, p. 32.

responsabilidade penal através da interpretação judicial desde que a interpretação resultante seja consistente com a essência da infração e seja previsível⁵³.

Para além disso, vislumbra-se igualmente uma mitigação do princípio da irretroatividade da lei penal. Ao comentar a respeito desta relativização, Cartuyvels aduz que ela normalmente é realizada quando se trata de crimes contra a humanidade. A aplicação retroativa do princípio da imprescritibilidade destes crimes é um bom exemplo disso. Ressalta, ainda, o autor que quando se trata desta espécie de delito tem-se admitido a relativização de uma série de princípios clássicos do direito penal⁵⁴, sendo o princípio da irretroatividade de lei penal maléfica apenas um deles.

A mencionada demanda de movimentos sociais pela criação de novos tipos penais também se enquadra neste campo, bem como os comandos das Cortes Europeia e Interamericana de criminalização de determinadas condutas, os quais serão debatidos com maior profundidade no terceiro capítulo.

Ainda quanto a este plano, menciona-se que a defesa da necessidade da criminalização de novas condutas é motivada pelo argumento de que tal medida teria carácter dissuasivo, impedindo ou ao menos tornando mais custosa a prática da ação delituosa. Tal premissa parte da teoria do efeito simbólico do direito penal e, em certa medida, desconsidera a multicausalidade da violência e da criminalidade.

Se por um lado no plano internacional tem-se defendido uma compreensão de segurança pública que leva em consideração a multicausalidade da violência⁵⁵, analisando como fatores tão diversos como cultura, meio ambiente, estabilidade política, alimentação, saúde, educação etc. interferem diretamente na produção e reprodução de violências, por outro lado colocar a criminalização de condutas como forma principal de dissuasão do comportamento desviante parece sepultar ainda que parcialmente este debate e pode ser considerada, inclusive, uma contradição em termos com o que vem sendo discutido dentro do âmbito do direito internacional.

No plano sancionador também é sensível o impacto produzido por esta alteração dentro do discurso do direito internacional dos direitos humanos. Se era possível observar um movimento crescente defendendo o uso de sanções diversas

⁵³ TULKENS, Françoise; VAN DE KERCHOVE, Michel. *Criminal law and human rights: a paradoxical relationship*, p. 93.

⁵⁴ CARTUYVELS, Yves. *Op. cit.*, p. 36.

⁵⁵ Remete-se, aqui, aos conceitos de segurança humana, defendido pela Organização das Nações Unidas, e ao conceito de segurança cidadã, conceito desenvolvido principalmente por países da América Latina e pelo Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.

da pena privativa de liberdade, observa-se que a simbiose entre o discurso do direito internacional dos direitos humanos e de uma visão punitiva de sociedade freou tal tendência e motivou o reforço do uso da pena de prisão como padrão de medida para a gravidade das infrações⁵⁶.

Como bem explica Álvaro Pires,

“No plano da reflexão teórica, tanto o saber jurídico como as ciências sociais definirão o crime (e até mesmo o sistema penal) pela presença exclusiva da pena (aflictiva), o que implicará uma compreensão simultânea das normas de comportamento e de sanção: uma não pode ser pensada sem a outra. Tal forma de definição pode ser qualificada como uma sinédoque, aquela figura de linguagem que consiste em definir o todo (o crime ou o sistema penal) pela parte (a pena). Isso tornará quase impossível pensar o sistema penal ou o crime sem uma dependência quase exclusiva da pena aflictiva, bem como suscitará uma ontologização da estrutura normativa do direito penal”⁵⁷.

Se por um lado a criminalização de determinadas condutas implica reforçar o caráter de prestígio do bem jurídico ou do valor protegido, ela não é suficiente por si mesma. A imposição de uma pena privativa de liberdade é tão importante quanto a criminalização no sentido de conferir a determinado bem jurídico ou valor um *status* especial de proteção. Se é a pena o que caracteriza o crime, assim como explicou Pires, vai ser a natureza e a quantidade da pena o que vai determinar o grau de reprovabilidade da conduta em abstrato (pena cominada pelo legislador) ou em concreto (pena imposta pelo magistrado sentenciante).

Tal visão se assemelha as premissas da escola clássica do direito penal. Cita-se aqui, a título ilustrativo, o pensamento de Francesco Carrara. Em suas formulações a respeito das práticas delituosas, o crime deveria ser imputado considerando-se o bem jurídico ofendido, a situação do sujeito ativo e a gravidade, sendo que a gravidade seria traduzida pela quantidade de pena imposta. Observa-se, então, um retorno à concepção clássica de direito penal, ainda que com alguns matizes diferentes.

Essa associação entre criminalização de condutas e imposição de pena como parâmetro para se aferir a adequação da proteção dada a um direito humano faz com que mais frequentemente se privilegie a pena privativa de liberdade em

⁵⁶ DELMAS-MARTY, Mireille. *A imprecisão do direito*, p. xxx.

⁵⁷ PIRES, Álvaro. *A racionalidade penal moderna*, p. 42.

detrimento de outras sanções ou medidas alternativas como reparação pecuniária, tratamento em liberdade ou penas restritivas de direitos^{58 59}.

Yves Cartuyvels assevera que tal movimento deflagra uma crise do ideal de reabilitação do delinquente e o retorno das teorias do criminoso como ator racional. A proporcionalidade da pena passa a ser cada vez mais associada com a ideia de retribuição e severidade da sanção do que com o ideal de reabilitação e moderação⁶⁰. Novamente, verifica-se um retorno a algumas concepções do Século XIX, dentre elas a primordialidade da finalidade retributiva da pena.

Assim, como bem resumem Antoine Garapon e Denis Salas, normaliza-se o entendimento de que a prática de um mal (um crime) não pode ensejar outra resposta que não a pena de prisão e que a duração desta não pode ser outra que não a perpetuidade⁶¹.

No mesmo sentido, William Schabas destaca que os tribunais penais internacionais *ad hoc* tem uma tendência de impor penas extremamente altas, sendo que o Tribunal Penal Internacional para Ruanda optou pela imposição da pena privativa de liberdade perpétua na maioria dos casos, ao passo que as penas fixadas pelo Tribunal Penal Internacional para a ex-Yugoslávia foram progressivamente recrudescendo chegando a ultrapassar a marca de 40 anos⁶².

As implicações deste novo relacionamento entre estes ramos do direito chegam inclusive ao processo de execução da pena privativa de liberdade. A título ilustrativo, no *Caso Irmãos Gómez Paquiyauri vs. Peru*, a CtIDH levantou ressalvas sobre o benefício de progressão de regime carcerário para dois dos envolvidos na morte das vítimas temendo o sentimento de impunidade que tal medida poderia gerar⁶³.

Tem-se, então, que as principais consequências no plano sancionador são o recrudescimento da severidade das penas impostas, privilegiando-se a pena privativa de liberdade e a justificação da pena pelos seus efeitos retributivos e dissuasivos.

⁵⁸ PIRES, Álvaro. *Op. cit.*, p. 43.

⁵⁹ GARCIA, Margarida. *Op. cit.*, p. 59.

⁶⁰ CARTUYVELS, Yves. *Op. cit.*, p. 36-37.

⁶¹ GARAPON, Antoine; SALAS, Denis. *Op. cit.*, p. 88.

⁶² SCHABAS, William. *Op. cit.*, p. 179.

⁶³ LIMA, Raquel da Cruz. *A emergência da responsabilidade criminal individual no Sistema Interamericano de Direitos Humanos*, p. 213.

Por último, no plano processual penal também é possível notar algumas alterações. Estas modificações podem ser centralizadas em dois eixos distintos: a criação do dever do Estado de investigar, processar e punir e uma maior participação da vítima no processo.

Quanto ao primeiro eixo, explica-se que dentro dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos tem se construído caso a caso o entendimento de que o Estado tem o dever de investigar, processar e punir os perpetradores de violações de direitos humanos. Como já foi mencionado, o terceiro capítulo tratará da questão do dever do Estado de criminalizar condutas imposto pelo direito internacional dos direitos humanos. Por isso, opta-se por apenas se mencionar brevemente a existência deste dever neste momento para somente após elaborá-lo com maiores detalhes.

Em decorrência deste dever, leis que concederam anistia têm sido revogadas, tem sido ordenado o desarquivamento de processos criminais e inclusive tem sido determinada a desconstituição da coisa julgada em alguns casos. Quanto à última, difundiu-se na Corte Interamericana de Direitos Humanos a noção de coisa julgada fraudulenta. Sobre este instituto, Raquel da Cruz Lima esclarece que

“A noção de coisa julgada fraudulenta ficou mais bem delineada no caso *Almonacid Arellano contra o Chile*, também relativo a execuções extrajudiciais. Novamente na seção das medidas de reparação, a Corte recorreu a este conceito e apontou algumas situações às quais ele é aplicável. São elas: (i) quando a resposta do tribunal que não sancionou o responsável pela violação tinha o propósito de furtá-lo de sua responsabilidade penal; (ii) quando o procedimento não foi instruído de forma independente e imparcial conforme as garantias do devido processo; (iii) quando não houve intenção real de submeter o responsável à ação da justiça (2006o, par. 154)”⁶⁴.

Em segundo lugar, tem sido observado o aumento da importância da vítima dentro do processo penal. Se a partir do momento em que o caso penal passou a ser dirimido através da jurisdição penal estatal confiscou-se o conflito privado e, em boa medida, o direito de ação da vítima, atualmente se vislumbra uma inserção progressivamente maior da vítima no processo criminal.

Raquel da Cruz Lima comenta que no âmbito da jurisdição interamericana de direitos humanos tem sido reconhecida a obrigação do Estado de assegurar a

⁶⁴ LIMA, Raquel da Cruz. *O direito penal dos direitos humanos...*, p. 70.

participação das vítimas em todas as fases processuais⁶⁵.

Margarida Garcia traz como argumentos favoráveis a essa maior participação da vítima os seguintes: a maior eficácia da pena; o processo se torna mais democrático e traduz melhor a reação da coletividade face ao cometimento do crime; a dignidade da vítima é reforçada, o que incentiva as vítimas a colaborarem mais com o sistema judiciário; e, por fim, a sentença e a pena imposta são mais proporcionais e justas se a vítima se fizer presente ao longo do processo e puder expor os danos sofridos⁶⁶.

Garcia ressalta que para muitos outros, entretanto, esta maior atuação da vítima ao longo do processo penal tem a tendência de se tornar problemática. Indica-se, a este respeito, que a presença da vítima pode implicar em uma pressão indevida sobre os magistrados ou então numa aproximação subjetiva do julgador com a vítima que pode prejudicar a imparcialidade com que deve ser resolvido o caso penal⁶⁷. Aponta-se, igualmente, que a disparidade de comportamentos das vítimas pode levar a sentenças desiguais⁶⁸. Por exemplo, se uma vítima se mostrar mais afetada no tribunal pode conseguir que seu agressor tenha uma pena maior do que o agressor de uma vítima que demonstrou menos emoção ao longo do julgamento.

No geral, a maioria das críticas direcionadas à maior participação da vítima no processo penal giram em torno do argumento de que a vítima teria a tendência de buscar penas extremamente graves e desproporcionais, utilizando o processo penal como uma forma de vingança pessoal.

Ademais, critica-se que uma maior participação da vítima poderia provocar um desequilíbrio no processo penal, no sentido de que as garantias do processo antes pensadas para assegurar os direitos humanos do acusado poderiam ser revertidas para facilitar a sua condenação em nome do sofrimento da vítima⁶⁹. Com isso, incentivar-se-ia a supressão de algumas garantias do acusado.

Ainda a respeito das vítimas, é necessário remarcar a alteração também da sua constituição subjetiva. Com o surgimento de novos tipos penais, tem-se mudado igualmente o perfil das vítimas. Coletividades diversas, o meio ambiente e inclusive

⁶⁵ LIMA, Raquel da Cruz. *O direito penal dos direitos humanos...*, p. 63.

⁶⁶ GARCIA, Margarida. *Op. cit.*, p. 59.

⁶⁷ *Idem*, p. 40.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ OST, François. *Op. cit.*, p. 12.

a humanidade passam a ser consideradas vítimas no direito penal contemporâneo. A relação entre a pessoa que perpetrou a conduta criminosa e a vítima torna-se, portanto, ainda mais fluida, trazendo com isto novos desafios a respeito da percepção da vítima no processo penal.

Conclui-se, a partir do exposto neste capítulo, a existência de um uso dúplice do discurso do direito internacional dos direitos humanos quando se trata de direito penal. Se por um lado ainda se mantém a pretensão inicial do direito penal e dos direitos humanos de conter o uso do poder punitivo do Estado e as arbitrariedades dele decorrentes, por outro lado se percebe a normalização de uma demanda cada vez maior de expansão da esfera penal em relação a algumas condutas.

Este capítulo serviu em boa parte como uma introdução expandida a fim de situar em que contexto se dá o debate em torno da temática objeto deste estudo. Como não seria possível analisar com a devida cautela como o paradoxo se reproduziu dentro de cada plano (incriminador, sancionador e processual penal), optou-se por pontuar as ideias principais ligadas a cada um desses âmbitos para a partir da próxima parte do trabalho focar em apenas um plano: o plano incriminador.

A escolha deste plano, em detrimento dos outros, foi motivada pelo fato de que a decisão de criminalização ou descriminalização é extremamente simbólica. Como explica Mireille Delmas-Marty, incriminar é definir um crime, no sentido amplo de infração penal, mas é ao mesmo tempo nomear aquela conduta dentro da escala de valores da nossa sociedade⁷⁰. Assim, estudar a criminalização e descriminalização de algumas condutas é estudar os valores da nossa sociedade moderna, o que torna essa análise de todo fundamental.

Ao longo da explanação sobre esta reversibilidade do discurso foram pontuados alguns entendimentos jurisprudenciais oriundos dos Sistemas Europeu e Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. A partir disso, é possível vislumbrar como estas jurisdições não só não escapam do paradoxo aqui apresentado, como são fonte produtora e reprodutora dele.

O interessante é que, mesmo sendo inegável o papel que os Sistemas Interamericano e Europeu de Proteção dos Direitos Humanos têm desempenhado

⁷⁰ DELMAS-MARTY, Mireille. *A imprecisão do direito*, p. 12.

na contração e expansão da esfera penal nos ordenamentos jurídicos nacionais, são poucos os estudos que se propuseram a explorar este fenômeno.

Quando se pensa em direito penal no plano internacional, normalmente vem à lembrança os tribunais penais internacionais *ad hoc* e permanente, pois são estas as instituições encarregadas por aferir a responsabilidade criminal individual no plano internacional. Contudo, observa-se que os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos, mesmo não tendo competência para condenar indivíduos pela prática de algum delito, têm tido uma participação cada vez maior nos processos criminais nacionais em que se buscam condenações por violações de direitos humanos.

A título exemplificativo menciona-se que, segundo Alexandra Huneus, no ano de 2012, a CtIDH era responsável pelo monitoramento de 51 processos criminais relacionados a delitos internacionais, processos estes advindos de 15 países americanos diversos⁷¹. Outro dado interessante encontrado por Huneus é que, até 2012, pelo menos 39 persecuções criminais motivadas por decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos resultaram em condenações criminais⁷².

Tal número é impressionante se for levado em consideração que o Tribunal Penal Internacional, após uma década de trabalho, tinha condenado apenas uma pessoa e o Tribunal Penal Internacional para a ex-Yugoslávia havia proferido 64 condenações até 2012⁷³. Este número é ainda mais notável quando se compara o orçamento da CtIDH à época (menos de 4 milhões de dólares) e o orçamento dos Tribunais Penais Internacionais que girava em torno de 150 milhões de dólares⁷⁴.

O Sistema Interamericano não está isolado nessa atuação de fazer valer frente ao Estado uma obrigação de investigar, processar e punir. O sistema europeu cada vez mais tem reconhecido essa obrigação positiva e interferido no processo de responsabilização criminal individual no continente europeu, principalmente através do Comitê de Ministros.

⁷¹ HUNEEUS, Alexandra. *International criminal law by other means: the quasi-criminal jurisdiction of the human rights courts*, p. 2.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ *Ibidem*.

O impacto da atuação desses sistemas na esfera penal fez com que Huneeus chegasse ao ponto de afirmar que tal atuação configuraria o exercício de uma espécie de jurisdição quase-criminal (*quasi-criminal jurisdiction*)⁷⁵.

Assim, face à importância que os sistemas regionais de proteção de direitos humanos têm tido no desenvolvimento do direito penal nacional e à escassez de estudos a respeito da temática, foi feita a opção de se estudar os mandados de criminalização e descriminalização constantes nesses sistemas a fim de se destacar quais são os argumentos usados para defender ambos os movimentos, perquirindo se estes argumentos são contraditórios ou convergentes.

Ressalta-se que foi feita a escolha de deixar de analisar o Sistema Africano de Proteção dos Direitos Humanos devido aos seguintes fatores: a) a ausência de uma jurisprudência consolidada no Sistema Africano de Proteção dos Direitos Humanos em relação à temática aqui trabalhada; b) o fato da relação entre o Sistema Africano e o direito criminal estar tomando contornos distintos em comparação aos outros dois sistemas, pois atualmente se debate a possibilidade de conferir à Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos jurisdição para julgar a responsabilidade individual criminal; e c) a escassez de material relativo à temática objeto deste estudo.

Os próximos capítulos cuidarão dessa análise, sendo que se iniciará com o estudo de alguns casos que versaram sobre a descriminalização de certas condutas nestes sistemas.

⁷⁵ HUNEEUS, Alexandra. *Op. cit.*, p. 2.

3. TORNAR RAZOÁVEL A RAZÃO DE ESTADO – A QUESTÃO DA DESCRIMINALIZAÇÃO DE CONDUTAS DENTRO DOS SISTEMAS EUROPEU E INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DE DIREITOS HUMANOS

Popularmente falando, não são raras as pessoas que se referem aos direitos humanos como direitos dos “bandidos”. Tal associação, ainda que longe da verdade, realça um traço marcante dos direitos humanos. Desde a sua criação moderna, estes direitos vêm sendo usados para conter o poder do estado, dentre eles o poder punitivo.

Contemporaneamente, não são raras as vezes que os direitos humanos são invocados como argumentos para a limitação do recurso ao poder punitivo pelo Estado. Melhores condições nos presídios, restrição do uso das prisões cautelares e humanização da atuação da polícia são algumas das pautas mais divulgadas do discurso dos direitos humanos em relação ao direito penal.

A relação de contenção do poder punitivo entre o direito penal e os direitos humanos não se limita, entretanto, ao nível nacional. No plano internacional também é possível vislumbrar como os direitos humanos vêm sendo usados como fundamentos aptos a promover a contenção do sistema penal.

No que tange propriamente ao direito internacional dos direitos humanos, Mireille Delmas-Marty afirma que este ramo jurídico possui um potencial de “tornar razoável a razão de Estado”. Tornar razoável a razão de Estado significa subordinar o poder e a técnica a uma razão humana, constituindo e estruturando as diversas comunidades humanas em torno de valores⁷⁶ com o objetivo de limitar, entre outros, o exercício arbitrário e desmedido do poder estatal.

É possível vislumbrar este potencial na jurisprudência dos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos⁷⁷. Ao decidirem sobre a inconveniência de algumas criminalizações, os Sistemas Europeu e Interamericano de Direitos Humanos estão desempenhando este papel de tornar razoável a razão de Estado ao limitarem a incidência do poder punitivo.

Neste capítulo serão explicados, em linhas gerais, os modelos de funcionamento do Sistema Europeu e do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Em relação ao Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos,

⁷⁶ DELMAS-MARTY, Mireille. *Direito penal do inumano*, p. 12.

⁷⁷ *Idem*, p. 23.

serão analisados os principais casos julgados por este sistema a respeito da necessidade de se descriminalizar a homossexualidade masculina. No que tange ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, será apresentada a discussão existente neste sistema sobre a imprescindibilidade de se descriminalizar a prática do desacato. A todo momento serão ressaltados os argumentos utilizados nos casos para justificar a inconveniência dos mencionados delitos.

Inicialmente, será trabalhado o Sistema Europeu e seus principais casos a respeito da descriminalização da homossexualidade masculina. Após, será feita uma breve introdução sobre o Sistema Interamericano e o debate nele existente relacionado à criminalização do desacato.

3.1. BREVE EXPLICAÇÃO A RESPEITO DO SISTEMA EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS

O Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos está ligado à instituição denominada Conselho da Europa (CoE). O CoE foi fundado em 1949 como uma organização internacional cujo objetivo era assegurar uma maior proteção aos direitos humanos na Europa⁷⁸. Não é de se estranhar, portanto, que uma de suas primeiras medidas tenha sido a adoção da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) em 1950, que somente entrou em vigor em 1953. Até os dias atuais este documento internacional permanece sendo o de maior importância dentro do sistema do CoE.

Conforme ensina Valério de Oliveira Mazzuoli, a CEDH instituiu, para o monitoramento dos direitos nela consagrados, três órgãos distintos: a) um semi-judicial, a Comissão Europeia de Direitos Humanos; b) um judicial, a Corte Europeia de Direitos Humanos, e; c) um “diplomático”, o Comitê de Ministros (do Conselho da Europa)⁷⁹.

Flávia Piovesan explica que a competência original da Comissão Europeia de Direitos Humanos consistia basicamente na apreciação de comunicações interestatais através das quais qualquer Estado-parte poderia denunciar outro em virtude de afronta à CEDH, bem como apreciar petições submetidas por indivíduos,

⁷⁸ PEROČEVIĆ, Katarina. *The multidimensional European system of human rights protection*, p. 2.

⁷⁹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O sistema regional europeu de proteção dos direitos humanos*, p. 37.

organizações não-governamentais ou grupos de indivíduos através das quais se alegava uma violação à CEDH causada por um Estado-parte⁸⁰.

Mazzuoli complementa afirmando que cabia igualmente à Comissão Europeia de Direitos Humanos “decidir sobre a admissibilidade das petições, propor soluções amigáveis quando apropriado, ordenar medidas preliminares de proteção [...], enviar os casos à Corte Europeia ou dirigir seus relatórios ao Comitê de Ministros do Conselho da Europa”⁸¹.

À Corte Europeia de Direitos Humanos (CtEDH) competia, originalmente, julgar os casos de violação de direitos humanos submetidos pela Comissão Europeia de Direitos Humanos, ao passo que ao Conselho de Ministros cabia o acompanhamento do cumprimento das decisões tomadas pela CtEDH, assim como a análise de mérito de relatórios encaminhados diretamente pela Comissão Europeia que não haviam passado pela CtEDH⁸².

A organização do sistema europeu de proteção de direitos humanos, entretanto, foi alterada com a entrada em vigor do Protocolo nº 11 em 01 de novembro de 1998. A alteração mais dramática promovida pelo protocolo foi a extinção da Comissão Europeia de Direitos Humanos. Tanto a Comissão Europeia quanto a CtEDH foram substituídas por “uma *nova Corte* permanente (a Corte única), com número de juízes igual ao dos Estados-partes e com competência para realizar os juízos de admissibilidade e de mérito dos casos que lhe forem submetidos”⁸³. Com isso, abriu-se a possibilidade aos indivíduos, coletivos e/ou organizações não-governamentais de acesso direto à CtEDH através do sistema de petições.

O impacto também foi sentido no Comitê dos Ministros, uma vez que este órgão, após o início da vigência do Protocolo nº 11, perdeu a sua jurisdição contenciosa⁸⁴.

Uma vez apresentado, ainda que brevemente, o funcionamento do Sistema Europeu de Direitos Humanos, passa-se agora à análise dos casos julgados pela CtEDH a respeito da criminalização da homossexualidade masculina, com o intuito

⁸⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*, s.p.

⁸¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Op. cit.*, p. 37.

⁸² *Idem*, p. 37-38.

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ *Idem*, p. 38.

de se constatar como o discurso do direito internacional dos direitos humanos foi adotado como meio de se defender a descriminalização de tal conduta.

3.2. A DESCRIMINALIZAÇÃO DA HOMOSSEXUALIDADE MASCULINA E O SISTEMA EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS

Inicialmente cumpre consignar a razão de ter sido escolhida a feitura da análise dos casos relativos à necessidade de descriminalização da homossexualidade masculina. A Corte Europeia de Direitos Humanos já tratou da necessidade de descriminalização de condutas em relação a duas temáticas: a criminalização da homossexualidade masculina e a criminalização da difamação. Optou-se por trabalhar a questão da criminalização da homossexualidade masculina face ao impacto que tais decisões tiveram no cenário europeu e para evitar se limitar a casos relacionados à garantia da liberdade de expressão, já que neste mesmo capítulo se trabalhará a defesa do Sistema Interamericano de Direitos Humanos da descriminalização do crime de desacato.

Feita esta breve justificativa, passa-se à discussão dos casos relativos à descriminalização da homossexualidade no âmbito do Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos.

O *Caso Dudgeon vs. Reino Unido* se iniciou com uma petição protocolada por Jeffrey Dudgeon junto à extinta Comissão Europeia de Direitos Humanos em 22 de maio de 1976. O caso foi remetido pela Comissão Europeia de Direitos Humanos para a Corte Europeia de Direitos Humanos (CtEDH) somente em 18 de julho de 1980.

Neste caso, a Corte de Estrasburgo foi instada a se manifestar sobre a legislação norte-irlandesa que criminalizava a homossexualidade masculina. Em linhas gerais, cabia a CtEDH decidir se a existência desta legislação caracterizaria ou não uma violação ao artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, levando-se em consideração este dispositivo de forma isolada ou em conjunto com o artigo 14 da mesma Convenção.

Jeffrey Dudgeon era um norte-irlandês homossexual, residente em Belfast, que resolveu recorrer ao Sistema Europeu de Proteção de Direitos Humanos contra a criminalização dentro do ordenamento jurídico da Irlanda do Norte de alguns atos homossexuais praticados consensualmente entre adultos.

O crime e a tentativa de *buggery*⁸⁵ eram criminalizados nos artigos 61 e 62 pela Lei de Crimes contra a Pessoa de 1861 (*Offences against the Person Act 1861*) promulgada pelo Parlamento do Reino Unido. *Buggery* era definida como a prática de sexo anal entre dois homens ou um homem e uma mulher. Também caracterizava o tipo penal a prática de coito anal ou vaginal entre um homem ou uma mulher e um animal.

Outra conduta que era criminalizada era a de atos graves de indecência (*gross indecency*). Muito embora não restasse expressamente definido no conteúdo do artigo 11 da Lei de Emenda Criminal de 1885 (*Criminal Law Amendment Act 1885*) o que poderia caracterizar esse ilícito penal, entendia-se por atos graves de indecência qualquer ato que consistisse em masturbarção mútua, em sexo intercrural ou em sexo oral⁸⁶. Destaca-se que por força da *common law* a tentativa da prática de qualquer um destes atos também era criminalizada. Importante ressaltar que somente a homossexualidade masculina era criminalizada e que a existência de consentimento não afastava o caráter criminal da conduta⁸⁷.

Jeffrey Dudgeon era um ativista atuante na área de direitos das pessoas homossexuais e que tinha plena convicção da sua orientação sexual desde os 14 anos de idade. Ele e seus colegas de ativismo realizavam campanhas visando que o governo da Irlanda do Norte adotasse o mesmo posicionamento da Inglaterra e do País de Gales e descriminalizasse as práticas homossexuais realizadas entre homens acima de 21 anos⁸⁸.

Durante a execução de um mandado de busca e apreensão expedido em 21 de janeiro de 1976 com base na Lei sobre Abuso de Drogas de 1971 (*Misuse of Drugs Act 1971*), os policiais responsáveis pela busca encontraram cartas e diários de Dudgeon que descreviam a prática de atividades homossexuais. Como consequência, Dudgeon foi convidado a comparecer à delegacia, onde foi interrogado a respeito de sua vida sexual. Apesar de a princípio ter sido considerada a possibilidade de instauração de um processo pela prática de atos graves de indecência, não foi iniciado nenhum processo criminal contra Jeffrey Dudgeon⁸⁹.

⁸⁵ Por ausência de uma palavra em português que tivesse um significado similar, optou-se por manter o termo no original.

⁸⁶ CtEDH. *Caso Dudgeon vs. Reino Unido*, § 14.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ *Idem*, § 32.

⁸⁹ *Idem*, § 33.

Na petição que encaminhou à Comissão Europeia de Direitos Humanos, Dudgeon alegou que a existência de disposições penais que criminalizavam a prática de atos homossexuais entre homens, assim como a investigação criminal que sofreu em 1976, constituiriam interferência injustificada no seu direito a uma vida privada e, portanto, violariam o artigo 8º da Convenção Europeia dos Direitos do Homem⁹⁰. Alegou, ainda, que sofreu discriminação por conta de seu gênero, sexualidade e local de residência o que violaria o disposto no artigo 14, da mencionada Convenção.

Durante o julgamento, a CtEDH optou por seguir o posicionamento da Comissão e decidiu que a existência da legislação mencionada consistia em uma interferência contínua e direta no exercício do direito à vida privada de Jeffrey Dudgeon, em especial a sua vida sexual, uma vez que a Dudgeon só era concedida duas opções: ou ele se abstinha de praticar os atos sexuais proibidos, o que iria contra a sua orientação sexual, ou os praticaria e estaria sujeito a uma persecução criminal⁹¹.

A CtEDH sustentou que a lei em questão estava longe de ser “letra morta” e que no momento do julgamento do caso perante a Corte de Estrasburgo a legislação ainda podia ser usada para processar qualquer um que incorresse nas mesmas condutas que Dudgeon⁹². O fato de quase ter sido instaurado um processo criminal contra Dudgeon demonstrava bem que a lei continuava a produzir efeitos jurídicos na vida social da sociedade norte-irlandesa. Além disso, foi ressaltado que mesmo que o *Public Prosecution Service* norte-irlandês adotasse uma política de não mais processar criminalmente os autores desta espécie de delito, a legislação local permitia que particulares entrassem com uma ação penal dirigida a este fim.

Foi rebatido o argumento utilizado pela defesa do Reino Unido de que a lei se enquadrava em uma das exceções previstas no artigo 8(2). A CtEDH aduziu que

⁹⁰ Dada a importância do conteúdo deste dispositivo para este tópico, necessário se faz transcrevê-lo em sua integralidade:

“ARTIGO 8º Direito ao respeito pela vida privada e familiar

1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.

2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros”.

⁹¹ CtEDH. *Caso Dudgeon vs. Reino Unido*, § 41.

⁹² *Ibidem*.

para uma restrição ser compatível com o mencionado dispositivo era necessário que ela fosse: a) prevista em lei; b) tivesse objetivos legítimos e estivesse em concordância com o conteúdo convencional dos direitos humanos envolvidos; e c) fosse necessária em uma sociedade democrática para atingir o aludido objetivo⁹³.

Quanto ao primeiro argumento, era inegável que ele havia restado adimplido, tendo em vista a já mencionada legislação em vigor à época da decisão. No que tange aos objetivos, o Reino Unido alegou que o intuito era a proteção da moral, assim como a proteção dos direitos e das liberdades dos outros, o que a CtEDH entendeu que poderia significar a proteção de indivíduos mais vulneráveis, objetivo este considerado legítimo.

É, contudo, no terceiro requisito, o da necessidade, que fica clara a violação ao artigo 8º da CEDH. A CtEDH entendeu que a existência *per se* de legislação criminal a respeito da prática de atos sexuais, homossexuais ou heterossexuais, não violava a CEDH, uma vez que a regulação de tais atos seria necessária em uma sociedade democrática a fim de preservar grupos vulneráveis como jovens, pessoas com dificuldades econômicas etc., bem como a ordem pública e a decência⁹⁴. Não era à toa que todos os Estados à época ligados ao Conselho da Europa tinham alguma legislação criminal que regulasse tais atos. A questão que se colocava então à Corte Europeia de Direitos Humanos era se a restrição era necessária na sociedade da Irlanda do Norte para atingir a esse fim de proteção.

A este respeito, a CtEDH esclareceu que para que uma restrição fosse considerada necessária não bastaria que ela fosse uma restrição útil, razoável ou desejável, mas sim era imperioso que esta restrição fosse motivada por uma necessidade social premente que urgisse uma interferência na questão⁹⁵. Em segundo lugar, a Corte de Estrasburgo consignou que cabia ao Estado determinar a necessidade social urgente de interferência, pois a ele era considerada uma certa margem de apreciação⁹⁶. Tal margem de apreciação, entretanto, não afastaria eventual controle da decisão por parte da Corte, cabendo a ela a análise final a respeito da existência da necessidade social urgente⁹⁷.

⁹³ CtEDH. *Caso Dudgeon vs. Reino Unido*, § 43.

⁹⁴ *Idem*, § 49.

⁹⁵ *Idem*, § 51.

⁹⁶ *Idem*, § 52.

⁹⁷ *Idem*, § 59.

A CtEDH entendeu que não poderia ignorar o fato de que, em comparação ao período em que as leis foram promulgadas, na época do julgado havia se produzido um melhor entendimento sobre a homossexualidade, assim como existia uma maior tolerância em relação às práticas homossexuais a tal ponto que a maioria dos Estados-membros do Conselho da Europa não consideravam mais esta espécie de atividade sexual como criminosa⁹⁸.

Considerou a CtEDH que não haviam evidências de que os atos criminalizados injuriavam os padrões morais da Irlanda do Norte e que tampouco havia sido comprovada uma demanda pública no sentido de se manter ou até mesmo tornar mais rígida a legislação afeta à temática⁹⁹. Ao contrário, o que se observava é que as próprias autoridades norte-irlandesas haviam parado de denunciar e processar condutas que caracterizassem os tipos penais de *buggery* e atos graves de indecência. O posicionamento da CtEDH foi o de que não restou corroborada a presença de uma necessidade social urgente.

Ademais, no parágrafo 53 da decisão, a Corte de Estrasburgo destaca que para uma restrição ser considerada necessária a uma sociedade democrática ela deve ser, entre outras coisas, proporcional ao fim legítimo que visa atingir. No caso em comento, entendeu-se não haver proporcionalidade, pois os objetivos que se visava alcançar não contrabalanceavam o impacto negativo que a mera existência de leis criminalizando tais condutas tinha na vida de um homem homossexual como o petionário¹⁰⁰.

Para além disso, a CtEDH inferiu que

“Muito embora parcelas do público que viam a homossexualidade como imoral pudessem ficar chocadas, ofendidas ou perturbadas pela prática de atos homossexuais privados por outras pessoas, isto por si só não poderia justificar a aplicação de sanções penais quando a situação envolve dois adultos sozinhos que consentiram com o ato”.¹⁰¹

Por 15 votos contra 4, foi considerado pela Corte de Estrasburgo que a existência de leis que criminalizavam práticas homossexuais violava o direito à vida

⁹⁸ CtEDH. *Caso Dudgeon vs. Reino Unido*, § 60.

⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ No original: “Although members of the public who regard homosexuality as immoral may be shocked, offended or disturbed by the commission by others of private homosexual acts, this cannot on its own warrant the application of penal sanctions when it is consenting adults alone who are involved”. CtEDH. *Caso Dudgeon vs. Reino Unido*, § 60.

privada constante no artigo 8º, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. A Corte, entretanto, deixou de apreciar se houve violação ao artigo 14 da mesma convenção internacional, por não entender necessária a sua valoração após já ter sido reconhecida a violação ao artigo 8º.

Se por um lado, no julgamento do *Caso Dudgeon vs. Reino Unido*, a CtEDH se quedou silente a respeito do papel específico que o direito penal deveria desempenhar dentro de uma sociedade, nesta mesma decisão foi consignado que a necessidade de criminalização de uma conduta deve ser analisada tendo por base o princípio da proporcionalidade, isto é, deve ser feita levando-se em consideração a necessidade e a extensão da restrição imposta. Tal visão se aproxima muito da já comentada concepção clássico-moderna de que o direito penal só deveria agir quando estivesse em questão a possibilidade de uma violação grave a um bem jurídico (princípios da intervenção mínima, lesividade e subsidiariedade). Por estes motivos, afirma-se que esta decisão é um exemplo do uso dos direitos humanos como “escudo” contra os excessos punitivos do Estado.

Analisados os argumentos deste julgado, cumpre agora relatar o impacto que ele teve não apenas no Reino Unido, mas no continente europeu como um todo. Em primeiro lugar, este julgamento abriu espaço político para que o governo do Reino Unido conseguisse estender a Lei de Crimes Sexuais de 1967 (*Sexual Offences Act 1967*) à Irlanda do Norte, objetivo que não havia sido cumprido antes devido à sensível situação política norte-irlandesa¹⁰². A descriminalização das condutas foi procedida pela Ordem de Crimes Homossexuais de 1982 expedida pelo Conselho da Irlanda do Norte como meio de conformar o ordenamento jurídico norte-irlandês à decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos.

Michael McLoughlin estima que a decisão teve um grande efeito psicológico no movimento LGBT europeu devido ao fato de que ela foi a primeira ação bem-sucedida sobre a temática no Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos¹⁰³. McLoughlin sustenta que o caso foi um *turning point* na jurisprudência da Corte Europeia de Direitos Humanos e que abriu a possibilidade para que dois casos similares fossem igualmente bem-sucedidos. A saber os *Casos Norris vs. Irlanda e Modinos vs. Chipre*.

¹⁰² MCLOUGHLIN, Michael. *Crystal or glass: a review of Dudgeon v. United Kingdom on the fifteen anniversary of the decision*, s.p.

¹⁰³ *Ibidem*.

David Norris, cidadão irlandês, entrou com uma petição perante a Comissão Europeia de Direitos Humanos em 05 de outubro de 1983 alegando que a existência de legislação que criminalizava atos sexuais homossexuais violava o seu direito à vida privada. O caso foi remetido à Corte Europeia de Direitos Humanos em 14 de maio de 1987 e versava sobre as mesmas leis que o caso *Dudgeon vs. Reino Unido*.

No julgamento do *Caso Norris vs. Irlanda*, por se tratar de situação fática similar à do *Caso Dudgeon vs. Reino Unido*, a CtEDH repetiu as razões externalizadas no segundo e declarou que houve violação ao artigo 8º, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Novamente, foi o argumento da ausência de necessidade e proporcionalidade da criminalização da conduta que motivou tal declaração. Não há dúvidas de que a decisão foi um dos fatores que levou à aprovação da Lei de Crimes Sexuais de 1993 [*Criminal Law (Sexual Offences) Act 1993*] na Irlanda, legislação que descriminalizou a prática de atos homossexuais entre homens.

O *Caso Modinos vs. Chipre*, a seu turno, se iniciou com a petição de Alecos Modinos dirigida à Comissão Europeia de Direitos Humanos em 25 de maio de 1989 e foi encaminhado pela Comissão Europeia à CtEDH apenas em 21 de fevereiro de 1992. A petição se dirigia contra os artigos 171, 172 e 173, do Código Penal do Chipre, dispositivos que criminalizavam as relações sexuais homossexuais. Assim como nos casos anteriores, alegava-se que a existência de tal legislação violava o direito à vida privada. Reportando-se à fundamentação das decisões dos *Casos Dudgeon vs. Reino Unido* e *Norris vs. Irlanda*, a CtEDH novamente considerou violado o artigo 8º, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.

Como consequência, o Chipre se viu obrigado a alterar duas vezes a sua legislação interna a respeito da matéria. A primeira alteração foi promovida em maio de 1998 e foi feita de modo a agradar a Igreja Ortodoxa, as organizações cristãs e a maioria dos deputados eleitos, setores estes contrários à descriminalização¹⁰⁴. Além de não descriminalizar a conduta, essa legislação piorou a situação das pessoas com orientação homossexual no Chipre, uma vez que aumentava a pena máxima aplicável de 14 anos para prisão perpétua¹⁰⁵.

Em setembro de 1999, o Comitê de Ministros decidiu que esta legislação era inaceitável, o que forçou o Chipre a aprovar uma segunda lei a respeito da temática

¹⁰⁴ MODINOS, Alexander F. *A história da alteração legislativa cipriota*, s.p.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

em 08 de julho de 2000. Nesta nova legislação finalmente se descriminalizou a prática de atos homossexuais entre adultos com idade suficiente para consentir¹⁰⁶.

Um último caso que merece ser mencionado é o caso *A.D.T. vs. Reino Unido*, em que uma vez mais foi avaliada a convencionalidade da legislação norte-irlandesa relativa à temática no que tange ao direito à vida privada. A petição foi apresentada à Comissão Europeia de Direitos Humanos em 25 de março de 1997 por um nacional do Reino Unido que pediu para não revelar a sua identidade, razão pela qual foi tratado no caso pela sigla A.D.T.

A.D.T. foi condenado pela Coroa Britânica pela prática de atos graves de indecência devido ao fato de ter sido encontrada em sua residência uma filmagem em que constava o peticionário e mais outros quatro homens praticando sexo oral e mútua masturbação.

Questionou-se através da petição o conteúdo do artigo 1º da já mencionada Lei de Crimes Sexuais de 1967 (*Sexual Offences Act 1967*), vigente na Inglaterra e no País de Gales à época. Esta lei, que descriminalizava somente a prática de atos homossexuais masculinos cometidos em âmbito privado, previa neste dispositivo que os atos ali disciplinados deixavam de ser privados quando havia a participação ou a presença de mais de duas pessoas.

A CtEDH julgou que, inexistindo razões de saúde pública e dado o caráter estritamente privado das ações praticadas pelo peticionário, não haveria fundamento apto a motivar a existência de legislação que criminalizasse atos praticados entre homens em âmbito privado. Novamente, foi decidido que esta previsão violava o artigo 8º, da Convenção Europeia de Direitos Humanos, usando-se os critérios da necessidade e proporcionalidade. A legislação foi posteriormente alterada pela Lei de Crimes Sexuais de 2003 (*Sexual Offences Act 2003*).

A partir desta breve apresentação a respeito dos principais casos que discutiram a necessidade de descriminalização da prática de atos homossexuais por homens, restou evidente o impacto das decisões da CtEDH no processo de exclusão desta matéria do âmbito penal nos países condenados por violações ao direito à vida privada. A esfera de influência das decisões proferidas pela Corte Europeia de Direitos Humanos, no entanto, não se restringiu apenas a estes países.

¹⁰⁶ MODINOS, Alexander F. *A história da alteração legislativa cipriota*, s.p.

O impacto das decisões acima mencionadas pode ser sentido também nos ordenamentos jurídicos dos países que pleitearam ou ainda pleiteiam a adesão à União Europeia. Para que um país possa fazer parte do bloco econômico da União Europeia é necessário que ele respeite as condições previstas no artigo 49 e no artigo 6º do Tratado da União Europeia. Ademais, devem ser atendidos os Critérios de Copenhague, critérios que foram estabelecidos pelo Conselho Europeu de Copenhague em 1993 e reforçados pelo Conselho Europeu de Madrid de 1995.

Os Critérios de Copenhague se dividem em 3 eixos: o critério político, o critério econômico e o critério do acervo comunitário. No que diz respeito ao presente trabalho, o critério que interessa é o critério político. Atende ao critério político o Estado que possui instituições estáveis que garantem a democracia, o Estado de Direito, os direitos humanos e o respeito pelas minorias e a sua proteção.

Aderir ao Conselho da Europa é um dos primeiros passos a serem tomados por aqueles Estados que desejam se tornar um membro da União Europeia. Um dos requisitos obrigatórios para essa adesão é a ratificação da Convenção Europeia dos Direitos do Homem¹⁰⁷. A mera ratificação da CEDH, contudo, não é suficiente para que se considere que o Estado está efetivamente garantindo os direitos humanos das pessoas vivendo sob o seu governo. Existe uma pressão política para que o Estado altere a sua legislação de modo a conformá-la com o entendimento da CtEDH, órgão responsável por garantir a conformidade dos Estados-membros à CEDH.

Laurence R. Helfer e Erik Voeten conduziram um estudo a respeito do impacto destas decisões da CtEDH nos países que pretendiam conseguir o *status* de membro da União Europeia. Os autores descobriram que o processo de descriminalização da prática de atos homossexuais dos anos 90 no cenário europeu guarda relação com o padrão de adesão ao Conselho da Europa, tendo se observado que no geral os países modificavam sua legislação um ou dois anos antes de se tornar um membro do Conselho da Europa¹⁰⁸.

Um exemplo disso é o caso da Romênia. O Estado Romeno foi aceito pelo Conselho da Europa em 1993 sob a condição de que iria mudar a sua legislação no tocante à criminalização da homossexualidade masculina e feminina. Em um

¹⁰⁷ JORDAN, Pamela A. *Russia's accession to the Council of Europe and Compliance with European Human Rights*, p. 282.

¹⁰⁸ HELFER, Laurence R; VOETEN, Erik. *International Courts as Agents of Legal Change: Evidence from LGBT Rights in Europe*, p. 93.

momento inicial, o Parlamento Romeno se recusou a fazê-lo, tendo inclusive tornado mais severa a pena para essa espécie de crime em 1996. Contudo, devido ao seu desejo de aderir à União Europeia e à pressão dos demais membros do Conselho da Europa, a Romênia acabou por descriminalizar esta conduta em junho de 2001, legislação que somente passou a surtir efeitos jurídicos em 30 de janeiro de 2002¹⁰⁹.

Inegável, portanto, que desde o julgamento do *Caso Dudgeon vs. Reino Unido*, a Corte Europeia de Direitos Humanos construiu uma jurisprudência que culminou na descriminalização da homossexualidade não apenas nos países que foram condenados naquela jurisdição, mas também em outros países situados no território europeu. Através desta análise, pode-se demonstrar o impacto que o discurso do direito internacional dos direitos humanos pode ter no direito penal em sua função “escudo”, enquanto “boa consciência” do direito penal.

A função “escudo” do discurso do direito internacional dos direitos humanos não se limita, entretanto, ao Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos. No Sistema Interamericano também é possível observar como este discurso teve grande impacto na descriminalização de condutas, em particular a de desacato, conforme se discorrerá a seguir.

3.3. BREVE EXPLICAÇÃO A RESPEITO DO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Antes de se proceder ao estudo do posicionamento do Sistema Interamericano a respeito do crime de desacato, é necessário ter uma visão global a respeito do seu funcionamento. Assim, ainda que o foco do presente estudo não seja o funcionamento do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, é necessário explicitar, mesmo que de forma breve, qual é o papel desempenhado pela Comissão e pela Corte Interamericanas dentro desse sistema.

A proteção dos direitos humanos e o procedimento de apuração de suas violações no continente americano é realizada primordialmente por duas instituições autônomas: primeiramente pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e, posteriormente, se for o caso, perante a Corte Interamericana de Direitos

¹⁰⁹ VISKI, Vlad Levente. *Decriminalization of Homosexuality in Romania: repealing article 200 from the Penal Code*, p. 1.

Humanos (CtIDH). A competência de ambas instituições está prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) de 1969¹¹⁰.

A CIDH possui como função principal promover a observância e a defesa dos direitos humanos¹¹¹ e, para tanto, o seu trabalho inclui o sistema de petição individual, o monitoramento da situação dos direitos humanos nos Estados Membros e a atenção às linhas temáticas prioritárias.

Uma demanda pela efetiva ou provável violação de direitos humanos deve ser interposta primeiramente em face da CIDH. Como fórum de primeira instância dos processos de petição individual ela recebe por ano aproximadamente 1500 queixas¹¹².

Conforme dispõe o artigo 44 da CADH, qualquer pessoa, grupo de pessoas ou entidade não-governamental legalmente reconhecida pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação aos dispositivos da CADH por um Estado-parte (signatário).

Considerada admissível a petição, a CIDH pode proferir medidas cautelares, a requerimento de uma parte ou mesmo de ofício, para que o Estado adote medidas de proteção às pessoas ou ao objeto da demanda perante a própria Comissão¹¹³. Após, a CIDH tem o dever de investigar a demanda, sendo facultado a ela a proposição de um acordo amigável para solucionar a violação de direitos humanos em questão entre o requerente e o Estado requerido.¹¹⁴

Na ausência de tal acordo, a CIDH estabelecerá em relatório, ao Estado considerado violador, uma série de recomendações que ele deverá cumprir a fim de efetivar as disposições constantes na CADH. Face ao seu cumprimento parcial ou total, o feito será extinto. Em não sendo considerada adimplidas as recomendações, a Comissão deve automaticamente propor a ação contra o Estado na CtIDH, salvo se houver decisão da maioria absoluta dos comissários em sentido contrário¹¹⁵.

Vale aqui ressaltar que tal medida somente será possível se o Estado em questão tiver reconhecido a competência jurisdicional da Corte Interamericana de

¹¹⁰ Importante ressaltar de forma sucinta que a CIDH fora criada anteriormente à Convenção, ainda que tenha tido suas competências fortalecidas por ela pela Organização dos Estados Americanos através de uma resolução da Quinta Reunião de Consulta dos Ministros das Relações Exteriores em Santiago, Chile, em 1959.

¹¹¹ As funções da CIDH são previstas pela Convenção em seu artigo 41.

¹¹² HUNEEUS, Alexandra. *Op. cit.*, p. 6.

¹¹³ RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*, p. 128.

¹¹⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, p. 347.

¹¹⁵ *Idem*, p. 348.

Direitos Humanos. Destaca-se que o Brasil é signatário da CADH, bem como reconhece a competência da Corte IDH.

A CtIDH foi criada efetivamente em 1978, com a entrada em vigor da CADH, possuindo tanto jurisdição consultiva¹¹⁶ quanto contenciosa. Sob sua jurisdição contenciosa ela adjudica casos trazidos pela CIDH e realiza audiências quatro vezes ao ano. Cabe igualmente à CtIDH o monitoramento da observância de suas decisões¹¹⁷.

Uma vez proposta a ação perante a CtIDH, será oportunizado às partes (vítima e Estado) o exercício do contraditório e ampla defesa, com plena instrução probatória. A Comissão continua atuando perante a CtIDH, mas como um órgão que exerce o papel de *custus legis*¹¹⁸.

No que tange às sentenças da CtIDH, elas podem ser pela procedência ou improcedência dos pedidos (total ou parcial). No geral, não são passíveis de recurso as suas decisões, sendo apenas cabível um recurso de interpretação¹¹⁹. Elas possuem efeito de coisa julgada *inter partes*. Apesar de não produzirem efeitos *erga omnes*, não se pode desconsiderar o efeito de *coisa interpretada* de um julgado da CtIDH, efeito este responsável por impor aos órgãos internos de cada país signatário da CADH o dever de se orientar por essa interpretação no que tange aos direitos nela consagrados.

Ter em mente o impacto que o efeito de coisa julgada interpretada pode ter é fundamental para compreender o papel que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos teve e ainda vai ter na descriminalização do delito de desacato em diversos países do continente americano, processo que será analisado na sequência.

3.4. O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E A DESCRIMINALIZAÇÃO DO DELITO DE DESACATO

Tanto a Corte Interamericana de Direitos Humanos quanto a Comissão Interamericana de Direitos Humanos já se posicionaram a respeito da previsão legal

¹¹⁶ Há a possibilidade de emitir pareceres ou opiniões consultivas sobre a interpretação e aplicação de normas internacionais de direitos humanos.

¹¹⁷ HUNEEUS, Alexandra. *Op. cit.*, p. 7.

¹¹⁸ RAMOS, André de Carvalho. *Op. cit.*, p. 130-131.

¹¹⁹ *Idem*, p. 131.

do delito de desacato nos ordenamentos jurídicos latino-americanos. Optou-se por apresentar os posicionamentos de ambas de forma separada, uma vez que estes apresentam uma pequena distinção. Enquanto a CIDH defende que as leis de desacato são *per se* inconventionais, a CtIDH varia o seu posicionamento, ora entendendo que a análise deve ser feita caso a caso, ora defendendo que a mera existência de tais leis é inconvenional.

Faz-se ainda a menção de que foi escolhido tratar do delito de desacato devido ao fato de que foi somente em relação a esta espécie de crime que o Sistema Interamericano como um todo já se manifestou pela necessidade de descriminalização.

3.4.1. A INTERPRETAÇÃO REALIZADA PELA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Em várias oportunidades, em especial através dos relatórios especiais a respeito da liberdade de expressão, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos sustentou que as leis de desacato eram incompatíveis com a Convenção Interamericana de Direitos Humanos. O argumento central era que tais legislações eram utilizadas como um meio para silenciar ideias e opiniões impopulares, acabando por reprimir o debate crítico necessário ao pleno funcionamento das instituições democráticas¹²⁰.

A primeira vez que a CIDH foi forçada a se manifestar sobre a questão do crime de desacato foi quando da interposição de uma petição por Horacio Verbistky contra o Estado Argentino em 5 de maio de 1992. Verbistky, jornalista, foi condenado pelo delito de desacato, previsto no artigo 244, do Código Penal, devido ao fato de ter chamado o então ministro da Suprema Corte Argentina Augusto Cesar Belluscio de “asqueroso” em uma reportagem de revista. Perante a Comissão, o peticionário alegou que houve violações ao artigo 8º (garantia judicial da independência e imparcialidade do tribunal), ao artigo 13 (liberdade de expressão) e ao artigo 24 (igualdade perante a lei), todos da CADH.

A Comissão não chegou a analisar o mérito do caso, uma vez que as partes optaram pela solução amistosa. O Estado Argentino se comprometeu, na ocasião, a

¹²⁰ CIDH. *Informe anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos 1994*.

derrogar o artigo 244 de seu Código Penal, o que de fato foi cumprido em junho de 1993 com a entrada em vigor da Lei nº 24.198.

Importante notar que, antes da adoção da solução amistosa, ambas as partes do *Caso Horacio Verbitsky vs. Argentina* requereram à CIDH que esta se manifestasse acerca da compatibilidade entre a existência do crime de desacato e as normas do Pacto de San José da Costa Rica. O parecer da CIDH a respeito da temática foi publicado no informe anual de 1994, mais especificamente em seu Capítulo V.

O parecer se inicia com a Comissão afirmando que, após ter conduzido um estudo aprofundado das leis de desacato, vislumbrou a necessidade de recomendar aos Estados-membros da Organização dos Estados Americanos que as leis que criminalizassem o desacato fossem revogadas ou reformadas com o objetivo de adequá-las aos instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos¹²¹.

A CIDH define como leis de desacato todas as leis que criminalizam as ofensas, insultos ou ameaças destinadas a um funcionário público no desempenho de suas funções. A CIDH também explica que a existência dessas leis é justificada pelos Estados pela necessidade de se proteger a honra do funcionário público e de se manter a ordem pública.

Para a Comissão, a tutela penal de tal conduta está diretamente em conflito com a garantia da liberdade de expressão e opinião, liberdade esta que seria a “pedra de toque de todas as liberdades consagradas pelas Nações Unidas” e “uma das mais sólidas garantias da democracia moderna”.

Em sendo a liberdade de expressão um valor extremamente elevado dentro do Sistema Interamericano de Direitos Humanos¹²², as restrições a este direito devem ser limitadas ao mínimo possível, conforme já havia decidido a CtIDH.

Ao longo do informe, é sustentado que a censura prévia à liberdade de expressão é proibida e que as restrições possíveis podem ser feitas apenas *a posteriori*¹²³. Aduz a CIDH que as restrições feitas posteriormente ao exercício da

¹²¹ CIDH. *Informe anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos 1994*.

¹²² A CADH assegura de forma ampla a liberdade de expressão em seu artigo 13: “Toda pessoa tem direito à liberdade de pensamento e de expressão. Esse direito compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha”.

¹²³ Tal entendimento se alinha com o disposto no artigo 13(2) da CADH, o qual prevê que “O exercício do direito previsto no inciso precedente não pode estar sujeito a censura prévia, mas a responsabilidades ulteriores, que devem ser expressamente fixadas pela lei e serem necessárias para assegurar:

a. o respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas; ou

liberdade de expressão, para serem consideradas legítimas, devem atender a quatro requisitos: a) os fundamentos para estabelecer a responsabilidade devem estar fixados previamente; b) a restrição deve estar descrita de forma precisa; c) os fins perseguidos devem ser legítimos; e, por fim, d) a restrição deve ser necessária para o alcance do fim legítimo que se procura¹²⁴.

Depreende-se que a CIDH adota os mesmos critérios que a Corte Europeia de Direitos Humanos para verificar se uma restrição respeita ou não os direitos humanos. A única diferença visível é que a CIDH adicionou um critério a mais que é a necessidade de a restrição ser prevista de forma clara e precisa.

Entendeu a CIDH que os dois primeiros requisitos eram respeitados pelas leis de desacato, uma vez que a previsão legal destes delitos constava, via de regra, nos códigos penais dos países latino-americanos de maneira clara e precisa. No que tange aos demais requisitos, o da legitimidade dos fins e o da proporcionalidade da repressão criminal à ofensa, entendeu-se que eles não eram respeitados pelas leis de desacato e que, por isso, não seria possível reconhecer a compatibilidade da criminalização do desacato com as normas internacionais de direitos humanos.

Em relação ao terceiro critério, entendeu-se que ele não foi respeitado por várias razões. Em primeiro lugar, ressaltou-se que a existência do tipo penal de desacato conferia aos funcionários públicos uma proteção especial da honra da qual não partilham os demais integrantes da sociedade. Em segundo lugar, sustentou-se que esta distinção iria na contramão do princípio fundamental do sistema democrático que é o controle do governo pelos cidadãos, controle este necessário para prevenir e conter o abuso do poder coercitivo da máquina estatal.

Se os funcionários públicos no exercício ou em razão das suas funções representam, para todos os efeitos, o governo, então deve-se possibilitar aos cidadãos realizar críticas à forma como estes funcionários atuam. As críticas servem como controle da atuação estatal e são necessárias para o funcionamento dos governos democráticos. Diante disso, a alegação de que se buscava proteger a ordem pública através da tipificação da conduta de desacato não seria hábil a justificar a criminalização deste delito.

Outra razão que motivou a CIDH a considerar que não havia sido adimplido o terceiro critério seria o fato de que, para além do efeito de reprimir criminalmente

b. a proteção da segurança nacional, da ordem pública, ou da saúde ou da moral públicas”.

¹²⁴ CIDH. *Informe anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos 1994*.

críticas ao Estado, conforme já debatido, a mera existência do delito de desacato teria um efeito dissuasivo, uma vez que desencorajaria os cidadãos a externalizarem as suas reclamações. Ainda que não se proceda a uma censura posterior, a mera possibilidade de ser considerado incurso nas sanções deste tipo penal indubitavelmente gera um efeito silenciador¹²⁵ e promove a autocensura¹²⁶.

Germán Bidart Campos explica que o fenômeno da autocensura ocorre quando se opta por guardar silêncio, dissimular uma opinião ou calar uma crítica por conta da pressão de estímulos sociais¹²⁷. Apesar de não haver uma censura direta, é inegável que essa pressão, em especial quando advém do Estado, acaba por cercear a liberdade de expressão.

No que concerne ao quarto e último requisito, a CIDH afirmou que os Estados poderiam garantir a proteção à honra do funcionário público através do uso do direito civil e da criação de mecanismos legais que autorizassem ao funcionário público que teve a sua honra ferida o direito de retificação e/ou resposta. Sustentou que, ao se optar pela proteção exclusivamente civil, o Estado estaria garantindo o direito à honra de todos os cidadãos sem distinção em relação à profissão e sem o uso de poder repressivo que pudesse implicar na repressão à liberdade individual de formar uma opinião e se expressar.

Ainda que não tenha sido expressamente consignado pela CIDH, é evidente que ela adotou o posicionamento de que o direito penal deve atuar de forma subsidiária aos outros ramos. Isto é, deve atuar somente quando outro direito não for capaz de conferir a proteção adequada ao bem ou valor jurídico. Quanto ao crime de desacato, entendeu-se que a proteção civil da honra seria mais do que suficiente, não se fazendo imprescindível a proteção penal.

Assim como no Sistema Europeu, partiu-se aqui da ideia clássica do direito penal como meio extremamente repressivo, que deve ser guardado apenas para as violações mais graves de direitos humanos. Tem-se, portanto, mais um exemplo de como os direitos humanos serviram como a “boa consciência” do direito penal e promoveram a contração do campo de incidência do poder punitivo.

¹²⁵ ROJAS, Claudio Nash. *Las relaciones entre el derecho de la vida privada y el derecho a la libertad de información en la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos*, p. 168.

¹²⁶ NHUCH, Flavia Kamenetz. *Liberdade de expressão e crimes contra a honra nos países da OEA*, p. 10.

¹²⁷ CAMPOS, Germán Bidart *apud* CIDH. *Informe anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos 1994*.

Portanto, o principal argumento utilizado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos para defender a descriminalização da conduta de desacato nos ordenamentos jurídicos latino-americanos é o de que a repressão penal a tal comportamento não atinge fins legítimos e tampouco se mostra proporcional face ao direito ao qual se está restringindo.

Aqui já se observa uma distinção marcante em relação à descriminalização da homossexualidade dentro do Sistema Europeu de Direitos Humanos, uma vez que a Corte Europeia, como já debatido, considerou legítimos os fins que supostamente se buscavam preservar e só declarou a inconveniência das leis por conta da ausência de proporcionalidade da restrição.

A posição contundente da Comissão de incentivo à abolição do crime de desacato se justifica pela relevância que a garantia da liberdade de expressão tem no continente americano. Tal importância se deve principalmente pelo fato de que uma parcela significativa dos países americanos possui como histórico comum regimes políticos ditatoriais, marcados pela supressão da liberdade de expressão, sendo as leis de desacato uma herança autoritária desses (des)governos.

Após esse primeiro parecer, a CIDH adotou por hábito a tradição de tratar desta temática nos *Informes anuais da relatoria sobre a liberdade de expressão*. No relatório anual de 1998, foi apontado que 17 países latino-americanos precisavam alterar as legislações internas com a finalidade de extirpar a existência do delito de desacato, dentre esses países se encontrava o Brasil¹²⁸.

No relatório anual de 2005, foram ressaltadas positivamente as mudanças legislativas promovidas pelos Estados de El Salvador e Panamá em 2004 e pelo Peru em 2003 que culminaram na extinção deste tipo penal¹²⁹. Neste mesmo informe, elogiou-se, igualmente, o fato da Corte Suprema de Justiça de Honduras, após uma análise de controle de convencionalidade do delito, ter optado por revogar o artigo 354, do Código Penal Hondurenho, artigo em que estava previsto o crime de desacato¹³⁰.

¹²⁸ OLIVEIRA, Andrea Vaz; OLIVEIRA, Steevan Tadeu de Soares de. *Abolitio criminis do desacato: um olhar sobre a relação entre autoridade pública e o particular na América Latina*, p. 24.

¹²⁹ CIDH. *Informe especial del relator sobre la libertad de expresión 2005*.

¹³⁰ *Idem*, § 67.

No relatório anual de 2006, a seu turno, destacou-se que a Guatemala e o Chile, seguindo o exemplo de El Salvador, Panamá e Peru, eliminaram o delito de desacato de seus ordenamentos jurídicos¹³¹.

Os relatórios subsequentes mantiveram este posicionamento de considerar a mera existência do tipo penal de desacato como uma violação à liberdade de expressão. Dentre estes relatórios, merece destaque o relatório anual de 2013, tendo em vista que naquele ano a CIDH realizou uma audiência sobre a liberdade de expressão, desacato e crimes contra a honra no Brasil a pedido da organização não-governamental Artigo 19.

Durante a audiência, o Estado Brasileiro, visando ilidir-se da pecha de Estado violador, alegou que já estava tramitando no Congresso Nacional um projeto de lei que visava abolir o delito de desacato do Código Penal (o projeto do novo Código Penal)¹³². Na ocasião, contudo, o Estado Brasileiro reconheceu que este mesmo projeto propunha que fosse adicionada uma causa de aumento ao crime de injúria a ser aplicada nos casos em que a injúria fosse praticada contra funcionário público no exercício ou em razão de suas funções. Frisa-se que a pena proposta neste projeto era inclusive mais alta do que a prevista para o delito de desacato no atual artigo 331, do Código Penal Brasileiro.

Outro fato digno de se mencionar é que nesta oportunidade o Estado Brasileiro solicitou à Relatoria para a Liberdade de Expressão da Organização dos Estados Americanos e ao Relator Especial das Nações Unidas que emitissem uma nota técnica a respeito dos crimes contra a honra e o projeto em trâmite de reforma do Código Penal Brasileiro¹³³.

Tal solicitação foi cumprida em 04 de novembro de 2013. Na nota técnica expedida foi reforçado uma vez mais pelos órgãos demandados que as leis de desacato violariam *per se* a liberdade de expressão¹³⁴.

A partir desta breve explanação a respeito do posicionamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos sobre a criminalização da conduta de desacato, restou evidenciado o impacto que esta posição teve no continente americano no sentido de pressionar os Estados a descriminalizarem esta prática.

¹³¹ CIDH. *Informe especial del relator sobre la libertad de expresión 2006*.

¹³² Trata-se do Projeto de Lei que tramita perante o Senado Federal sob a numeração 236/2012. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=143412&tp=1>>.

¹³³ CIDH. *Informe especial del relator sobre la libertad de expresión 2013*, § 123.

¹³⁴ *Ibidem*.

Tal avanço, entretanto, também foi facilitado pela interpretação dada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos em seus julgamentos, motivo pelo qual se passará à apresentação do entendimento deste órgão a respeito do crime em discussão.

3.4.2. A INTERPRETAÇÃO REALIZADA PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Como já adiantado, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao contrário da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, tem um posicionamento variável a respeito do delito de desacato. No *Caso Canese vs. Paraguai*, a CtIDH decidiu que a análise da existência ou não de uma violação à liberdade de expressão ocorrida em virtude da criminalização do delito de desacato deveria ser feita caso a caso. No *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, entretanto, os juízes interamericanos decidiram que a mera previsão do crime de desacato no Código de Justiça Militar violava o direito previsto no artigo 13 da CADH. Estes dois casos serão discutidos em detalhes na sequência.

O *Caso Canese vs. Paraguai* se iniciou perante a CIDH em 02 de julho de 1998 e foi remetido para apreciação da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 12 de junho de 2002. O caso versava sobre a condenação criminal de Ricardo Canese pelo crime de desacato. A condenação foi motivada pelo fato de Canese ter questionado a idoneidade e integridade de Juan Carlos Wasmosy, então candidato à presidência do Paraguai, afirmando que o mesmo havia sido “testa-de-ferro” da família Stroessner na CONEMPA (Consórcio de Empresas Construtoras Paraguias), empresa que participou da construção do complexo hidroelétrico de Itaipu e que à época do empreendimento estava sob a presidência de Wasmosy. Menciona-se, ainda, que Canese inclusive foi proibido permanentemente de deixar o país por força da sua condenação pelo delito de desacato.

Perante a CtIDH, a CIDH alegou violações aos artigos 8º (garantias judiciais), 9º (princípio da legalidade e retroatividade), 13 (liberdade de pensamento e expressão) e 22 (direito de circulação e residência), todos em concomitância com o artigo 1.1 (obrigação de respeitar os direitos), da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Ao discorrer a respeito da existência ou não de violação à liberdade de expressão, a CtIDH asseverou que esta liberdade não é um direito absoluto e que está sujeita a restrições, restrições estas que consistiriam em responsabilidades posteriores por uso abusivo do direito e que, de modo algum, poderiam limitar este direito mais do que o estritamente necessário¹³⁵.

Foi a partir da análise do critério da necessidade que a CtIDH perquiriu a ocorrência ou não de uma violação à liberdade de expressão. Neste julgamento, a CtIDH reforçou seu posicionamento de que a necessidade e a legalidade das restrições impostas a esse direito devem estar direcionadas a satisfazer um interesse público imperativo e que, dentre as várias formas de se alcançar esse objetivo, deve ser escolhida a forma que restrinja em menor escala o direito protegido¹³⁶.

Não basta, portanto, que a restrição seja “útil” ou “oportuna”, é necessário que a restrição se justifique segundo objetivos coletivos que, dada a sua importância, merecem preponderar face ao pleno gozo da liberdade de expressão¹³⁷. Proporcionalidade é a palavra de ordem aqui.

O julgado ressalta a importância da liberdade de expressão discorrendo que a sociedade faz o controle do jogo democrático através da opinião pública, fomentando a transparência das atividades estatais e promovendo a responsabilidade dos funcionários públicos sobre a gestão da coisa pública. Por esse motivo, entende a CtIDH que deve existir uma maior margem de tolerância frente a afirmações feitas no curso de debates políticos que versem sobre questões de interesse público¹³⁸. Foi ressaltado, ainda, que haveria uma distinção entre os limites impostos à liberdade de expressão quando se tratasse de particular e os limites impostos quando se tratasse de pessoa pública, podendo ser os primeiros muito mais restritivos que os segundos¹³⁹. A diferença se deve ao fato de que no segundo caso se trataria de assuntos de interesse público.

Considerou a CtIDH, que a condenação imposta a Canese, condenação a uma pena de mais de oito anos e que implicou na impossibilidade de Canese deixar o país durante oito anos e quase quatro meses, mostrou-se uma sanção

¹³⁵ CtIDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguai*, § 95.

¹³⁶ *Idem*, § 96.

¹³⁷ *Ibidem*.

¹³⁸ *Idem*, § 97.

¹³⁹ *Idem*, § 102.

“desnecessária e excessiva”, uma vez que as declarações de Canese foram emitidas no contexto de uma campanha eleitoral, diziam respeito a um candidato à Presidência da República e eram de interesse público¹⁴⁰. Sustentou que houve violação à liberdade de expressão, tendo em vista que inexistia um interesse social imperativo que justificasse a sanção penal e que, por esse motivo, esta garantia foi restringida desproporcionalmente¹⁴¹.

O segundo caso que merece destaque é o *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Seu trâmite se iniciou em 16 de janeiro de 1996 perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e foi encaminhado por este órgão à Corte Interamericana de Direitos Humanos em 13 de abril de 2004.

O peticionário era Humberto Antonio Palamara Iribarne e os fatos giravam em torno da publicação de um livro de sua autoria intitulado “*Ética y Servicios de Inteligencia*”, obra fruto da sua experiência como assessor técnico das Forças Armadas Chilenas. No livro eram discutidas questões relacionadas à inteligência militar e à necessidade de adequá-la a parâmetros éticos. Palamara Iribarne teve os exemplares do livro e seus originais confiscados pelo governo chileno, bem como foi acusado de desobediência e descumprimento de seus deveres militares após ter se recusado a parar o processo de publicação da obra. Em maio de 1993, o peticionário convocou uma coletiva de imprensa em sua casa e criticou a atuação da promotoria de justiça, crítica esta que o fez ser condenado pelo crime de desacato em janeiro de 1995.

Observa-se da leitura da sentença de mérito deste julgado que a fundamentação utilizada pela CtIDH foi em muitos aspectos similar à exarada no *Caso Canese vs. Paraguai*. Contudo, a CtIDH adotou uma postura diferente em relação ao julgado anterior e realizou uma análise da legislação de desacato chilena e o seu potencial de violar a liberdade de expressão, análise esta que não se limitou ao caso concreto.

Tal atitude foi motivada pelo fato de que o Estado Chileno já havia revogado as disposições do Código Penal que criminalizavam a conduta de desacato no momento em que o *Caso Palamara Iribarne vs. Chile* chegou à Corte Interamericana de Direitos Humanos, fato que a CtIDH elogiou e considerou de extrema importância.

¹⁴⁰ CtIDH. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguai*, § 106.

¹⁴¹ *Ibidem*.

Porém, a CtIDH não se limitou a tecer elogios a esta medida legislativa. Ao contrário, a CtIDH demonstrou preocupação com o fato de que mesmo após essa reforma ainda permanecia no ordenamento jurídico chileno a criminalização do ato de ameaça contra as mesmas autoridades que eram o sujeito passivo do crime de desacato (artigo 264, do Código Penal Chileno).

Para a Corte Interamericana de Direitos Humanos a redação do dispositivo era ambígua e não delimitava claramente qual era o comportamento que caracterizava a conduta delitiva, o que poderia produzir interpretações amplas demais e possibilitar a utilização deste tipo penal para criminalizar as condutas que o antigo tipo penal de desacato criminalizava. Aduziu a Corte que se o Estado Chileno optasse por manter este tipo penal de ameaça vigente em seu ordenamento jurídico então o Estado Chileno deveria alterar a sua redação a fim de determinar com clareza de que espécie de ameaça se tratava¹⁴².

A CtIDH também manifestou a sua preocupação com relação ao fato de que, apesar de ter sido descriminalizado o delito de desacato previsto no Código Penal Chileno, a reforma deixou incólume a previsão incriminadora deste crime contida no Código da Justiça Militar. A este respeito, a CtIDH asseverou que desta forma continuavam sendo estabelecidas sanções desproporcionais às pessoas que criticavam o funcionamento das instituições estatais e que estaria se dando uma proteção maior às instituições militares e seus funcionários em relação a que recebiam as demais instituições e funcionários públicos¹⁴³. Por estes motivos, julgou a CtIDH que a previsão do delito de desacato na legislação militar era incompatível com o artigo 13, da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Na parte dispositiva do julgamento, foi determinado ao Estado Chileno que adotasse todas as medidas necessárias para revogar e modificar, dentro de um prazo razoável, quaisquer normas internas que fossem incompatíveis com os parâmetros internacionais de proteção à liberdade de expressão e pensamento¹⁴⁴. Quanto à jurisdição militar, a CtIDH determinou que, se o Estado Chileno entendesse pela sua manutenção, era imperioso que esta jurisdição fosse alterada

¹⁴² CtIDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, § 92.

¹⁴³ *Idem*, § 93.

¹⁴⁴ *Idem*, parte dispositiva, § 13.

de modo a ter sob a sua competência apenas delitos cometidos por militares na ativa¹⁴⁵.

No que concerne a estas obrigações, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em sua Resolução de 01 de setembro de 2016, afirmou que mesmo após mais de 10 anos da prolação do julgamento elas ainda não haviam sido cumpridas pelo Estado Chileno. Nesta Resolução foi determinado que o Chile apresentasse até a data de 09 de janeiro de 2017 um informe a respeito do cumprimento das obrigações impostas quando do julgamento do *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Tal comportamento ilustra a pressão político-jurídico que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos exerce sobre os ordenamentos jurídicos dos países signatários.

Ainda no tocante à questão da criminalização da liberdade de expressão cumpre fazer menção ao *Caso Kimel vs. Argentina*. Este caso, ao contrário dos demais neste subtópico apresentados, não trata de uma condenação pelo crime de desacato, mas sim pelo delito de calúnia. O peticionário era Eduardo Gabriel Kimel, um conhecido jornalista, escritor e investigador histórico, que publicou vários livros sobre a história política argentina, entre eles uma obra intitulada “*La massacre de San Patricio*” no qual expôs os resultados de sua investigação a respeito do assassinato de cinco religiosos. Nesta obra, Kimel criticou a atuação de várias pessoas relacionadas à investigação, dentre elas um juiz que posteriormente processou o peticionário pelo crime de calúnia. A princípio a conduta de Kimel caracterizaria o tipo penal de desacato, mas como ele já havia sido revogado, acabou sendo imputado a ele o delito de calúnia, tendo Kimel sido condenado.

Mesmo que não tenha sido um caso específico de crime de desacato, tratou-se de um caso que versou a respeito da limitação da liberdade de expressão através do direito penal, o que interessa ao escopo deste trabalho. Especialmente, porque no julgamento a CtIDH expressamente disse que o Direito Penal é o meio mais restritivo e severo de estabelecer responsabilidades face ao cometimento de uma conduta ilícita¹⁴⁶. Sustentou, igualmente, que a tipificação ampla dos delitos de calúnia e injúria é contrária aos princípios da intervenção mínima e o caráter de *ultima ratio* do direito penal¹⁴⁷. Por fim, consignou que em uma sociedade democrática o poder punitivo deveria se restringir à proteção dos bens jurídicos

¹⁴⁵ CtIDH. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, § 14.

¹⁴⁶ CtIDH. *Caso Kimel vs. Argentina*, § 76.

¹⁴⁷ *Ibidem*.

apenas contra os ataques graves que os ameaçassem ou lhes causassem danos, pois do contrário abrir-se-ia espaço para o exercício abusivo do poder punitivo do Estado¹⁴⁸.

Este posicionamento aclara a concepção de direito penal adotada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos tanto nesse caso quanto nos outros dois casos acima citados. Ao direito penal é confiada apenas a proteção das violações mais graves de direitos humanos. Isto porque a tendência do poder punitivo é ser abusivo. Resta nítida aqui a concepção tradicional a respeito do direito penal em que se vê com desconfiança o poder punitivo do Estado. Os direitos humanos são usados pela CtIDH como modo de conter o arbítrio deste poder, como “escudo” contra a expansão indevida do direito penal.

O posicionamento da Comissão Interamericana associado ao entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos tem pressionado o continente americano a abolir o tipo penal do desacato. Como discorrido, países como El Salvador, Chile, Peru, entre outros, já reformaram suas legislações e extinguiram a criminalização desta conduta.

Quanto ao Brasil, verifica-se que cada vez mais tem sido debatida a inconveniência da tipificação do desacato. O episódio que mais gerou repercussão foi a recente decisão do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial 1.640.084 originário do Estado de São Paulo¹⁴⁹. No julgamento deste caso foi feita uma análise da convencionalidade do artigo 331, do Código Penal Brasileiro, que tipifica o desacato e entendeu-se, partindo do posicionamento tanto da CIDH quanto da CtIDH, que tal crime era inconveniente, razão pela qual deveria ser afastada a condenação por este delito. Muito embora a decisão tenha apenas efeito *inter partes*, ela foi essencial para publicizar ainda mais a temática e pode ser usada como precedente por outros tribunais e até mesmo pelo próprio Superior Tribunal de Justiça.

Observa-se, assim, como o Sistema Interamericano teve um impacto significativo na legislação penal de vários países americanos, o que denota a importância da sua atuação em matérias relacionadas à política criminal e ao direito penal.

¹⁴⁸ CtIDH. *Caso Kimel vs. Argentina*, § 76.

¹⁴⁹ Disponível em:

<http://www.stj.jus.br/static_files/STJ/Midias/arquivos/Noticias/RECURSO%20ESPECIAL%20N%C2%BA%201640084.pdf>.

No geral, este capítulo foi dedicado a apresentar brevemente os Sistemas Interamericano e Europeu, discorrendo sobre como a atuação deles implicou numa contração do direito penal. Entretanto, na prática, visualiza-se que estes mesmos sistemas têm igualmente produzido e reproduzido discursos que fundamentam uma expansão da incidência do poder punitivo. O próximo capítulo cuidará de apresentar esse segundo lado do paradoxo existente entre o direito penal e o discurso do direito internacional dos direitos humanos.

4. DAS OBRIGAÇÕES POSITIVAS AO DEVER DE CRIMINALIZAR – MANDAMENTOS DE CRIMINALIZAÇÃO DOS SISTEMAS EUROPEU E INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

A premissa por trás do capítulo anterior era a de que o direito penal era um meio através do qual o Estado violava os direitos protegidos pelos grandes tratados de direito internacional, em especial a Convenção Americana de Direitos Humanos e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem. Neste capítulo, no entanto, o pressuposto fundamental por trás das decisões estudadas será o de que o direito penal é um meio necessário para a proteção de direitos humanos.

Essa transformação do direito penal de direito “odioso” a direito necessário e até mesmo desejável no cenário do direito internacional dos direitos humanos foi motivada por uma mudança de entendimento da Organização das Nações Unidas e dos Sistemas Interamericano e Europeu de Proteção dos Direitos Humanos a respeito da natureza da responsabilidade do Estado face a violações de direitos humanos¹⁵⁰.

Em uma concepção mais clássica dos direitos humanos, a responsabilidade do Estado decorria exclusivamente de sua própria ação ou inação, porém contemporaneamente tem se sustentado com uma frequência cada vez maior que pode ser imputada ao Estado a responsabilidade por uma violação a direitos humanos perpetrada por um particular¹⁵¹.

A este respeito, Françoise Tulkens ressalta que a Corte Europeia de Direitos Humanos tem paulatinamente consolidado o entendimento de que uma violação à Convenção Europeia dos Direitos do Homem causada por um particular pode ensejar a responsabilização indireta do Estado que tornou possível ou provável, seja através da simples negligência ou da tolerância, a ocorrência desta violação¹⁵².

Esta mudança de entendimento está diretamente ligada ao desenvolvimento da teoria das obrigações positivas do Estado. Em linhas gerais, as obrigações positivas se apresentam como um dever de agir imposto ao Estado a fim de que

¹⁵⁰ DUMONT, Hugues; HACHEZ, Isabelle. *Les obligations positives déduites du droit international des droits de l'homme: dans quelles limites?*, p. 48.

¹⁵¹ TULKENS, Françoise. *The paradoxical relationship...*, p. 583.

¹⁵² *Ibidem*.

este garanta a efetividade dos direitos fundamentais previstos nos tratados internacionais de direitos humanos¹⁵³.

Se antes os deveres impostos ao Estado variavam de acordo com a geração a qual pertencia o direito humano, atualmente se entende que os direitos humanos, independentemente da geração da qual façam parte, ensejam a existência de deveres de três ordens diferentes ao Estado: o dever de respeitar (*to respect*), de proteger (*to protect*) e o dever de realizar/efetivar (*to fulfill*)¹⁵⁴.

No que tange ao dever de respeitar, Hugues Dumont e Isabelle Hachez ensinam que se trata de uma obrigação negativa imposta, isto é, trata-se de um dever de abstenção do Estado. O Estado deve se abster de tomar medidas que dificultem, direta ou indiretamente, o exercício dos direitos humanos¹⁵⁵.

Quanto ao dever de proteger, Dumont e Hachez sustentam que se trata de uma obrigação positiva dos Estados de impedir que terceiros dificultem de qualquer modo o exercício dos direitos humanos, sendo que estes terceiros podem ser tanto agentes do Estado ou funcionários públicos quanto particulares, empresas e outras entidades¹⁵⁶.

Por força deste dever, o Estado deve agir de modo a prevenir a violação de direitos internacional e constitucionalmente protegidos no contexto das relações sociais entre particulares¹⁵⁷. Essa ação pode consistir tanto numa obrigação de impedir uma atuação do particular que possa resultar numa violação ou pode significar uma obrigação de impor ao particular o dever de garantir a efetividade de um determinado direito humano¹⁵⁸.

Por fim, no que concerne à obrigação de realizar ou efetivar um direito humano, os autores explicam que ela se divide em medidas de duas naturezas: obrigações de ordem material e obrigações de ordem procedimental. Como medida de ordem material cita-se o dever do Estado de adotar medidas legislativas, administrativas, jurisdicionais, assim como políticas públicas, a fim de viabilizar o pleno gozo do direito humano em questão¹⁵⁹. Está incluso nesta perspectiva material

¹⁵³ PAVAGEAU, Stéphanie. *Les obligations positives dans les jurisprudences des cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme*, p. 201.

¹⁵⁴ DUMONT, Hugues; HACHEZ, Isabelle. *Op. cit.*, p. 52.

¹⁵⁵ *Ibidem*.

¹⁵⁶ *Ibidem*.

¹⁵⁷ *Idem*, p. 52-53.

¹⁵⁸ *Ibidem*.

¹⁵⁹ *Idem*, p. 54.

também a obrigação do Estado de alterar legislações, regulamentos e outras medidas administrativas e judiciais que impeçam a plena efetividade de um direito humano¹⁶⁰. Também englobam estas obrigações algumas prestações de caráter financeiro, como, por exemplo, a garantia de ensino público gratuito ou da segurança pública através das instituições policiais¹⁶¹.

Antes de apresentar as medidas de caráter procedimental é necessário fazer um pequeno comentário metodológico. Como dito acima, em decorrência do dever de efetivar/realizar, cabe ao Estado alterar a sua legislação. Por conta disso, a princípio, poderia se pensar que a obrigação imposta ao Estado Chileno de alterar o seu Código da Justiça Militar seria uma obrigação positiva imposta pela Corte e talvez devesse ter sido tratada aqui neste capítulo, porém esta autora, tendo por base os ensinamentos de Stéphanie Pavageau, entende que esta obrigação não seria uma obrigação positiva no sentido em que se está tratando aqui, mas sim uma mera decorrência do comando do artigo 2, da CADH, em que é dito que o Estado tem o dever de adotar disposições de direito interno a fim de conformar o seu ordenamento jurídico nacional ao sistema interamericano de proteção de direitos humanos¹⁶². Obrigações positivas, para Pavageau, seriam obrigações decorrentes da interpretação dinâmica dos direitos da CADH e não aquelas previstas expressamente em seu corpo.

Feito este pequeno esclarecimento, volta-se a análise das obrigações positivas de realizar/efetivar. Quanto a estas obrigações, no âmbito procedimental se estabelece uma obrigação do Estado de criar procedimentos que viabilizem a aplicação das normas jurídicas relacionadas aos direitos humanos¹⁶³.

É no contexto do desenvolvimento de obrigações positivas de proteger e efetivar que vão ser desenvolvidos jurisprudencialmente os mandados de criminalização dos Sistemas Interamericano e Europeu de Direitos Humanos. Por este motivo, antes de se estudar a criação de deveres de criminalizar condutas dentro destes sistemas, será feita uma breve introdução a respeito de como surgiu a teoria das obrigações positivas dentro de cada sistema.

A estrutura deste capítulo será a seguinte. Inicialmente, será apresentado o modo como se deu o desenvolvimento da teoria das obrigações positivas dentro do

¹⁶⁰ DUMONT, Hugues; HACHEZ, Isabelle. *Op. cit.*, p. 54.

¹⁶¹ *Ibidem*.

¹⁶² PAVAGEAU, Stéphanie. *Op. cit.*, p. 205.

¹⁶³ DUMONT, Hugues; HACHEZ, Isabelle. *Op. cit.*, p. 54.

Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos. Após, serão analisados os principais casos em que essa obrigação se converteu em uma obrigação de criminalizar a conduta de submeter alguém a prestação de trabalhos forçados. Posteriormente, será explicado como o Sistema Interamericano passou a reconhecer a existência de obrigações positivas aos Estados e como isso levou à construção jurisprudencial do dever de tipificar a prática de desaparecimento forçado. Ao final, serão feitas algumas considerações a respeito das relações estabelecidas entre o direito penal e o discurso do direito internacional dos direitos humanos.

4.1. O DESENVOLVIMENTO DA TEORIA DAS OBRIGAÇÕES POSITIVAS NO SISTEMA EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS

Segundo Hugues Dumont e Isabelle Hachez, a preocupação com a relação paradoxal entre o direito penal e o discurso do direito internacional dos direitos humanos nunca teria tomado a proporção que tomou não fosse pelo desenvolvimento da teoria das obrigações positivas dentro do âmbito do Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos¹⁶⁴. Faz-se imperioso, portanto, compreender o trajeto que levou a Corte Europeia de Direitos Humanos a reconhecer a existência de tais obrigações.

A princípio, a partir de uma simples leitura da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, não é possível abstrair obrigações diversas da obrigação negativa do Estado de se abster de limitar os direitos e liberdades essencialmente civis e políticos nela consagrados¹⁶⁵.

Contudo, progressivamente tem se reconhecido que os tratados internacionais de direitos humanos são “instrumentos-vivos”, no sentido de que cabe ao intérprete atualizá-los no momento de sua aplicação levando-se em consideração as condições históricas, jurídicas e sociais do momento da aplicação do direito. Foi através de uma interpretação dinâmica da Convenção Europeia dos Direitos do

¹⁶⁴ DUMONT, Hugues; HACHEZ, Isabelle. *Op. cit.*, p. 45.

¹⁶⁵ VAN DROOGHENBROECK, Sébastien. *Droit penal et droits de l’homme: le point de vue de la Cour européenne des droits de l’homme*, p. 85.

Homem que a CtEDH passou a prever a existência de obrigações positivas que deveriam ser cumpridas pelos Estados-signatários¹⁶⁶.

Françoise Tulkens explica que foi a partir do julgamento do *Caso Marckx vs. Bélgica* em 13 de junho de 1979 que a CtEDH passou a reconhecer que os direitos previstos na CEDH, além de requererem uma atuação negativa do Estado, também ensejariam obrigações positivas ao Estado, obrigações tangentes a garantir a efetividade e o respeito aos direitos e liberdades protegidos pela CEDH¹⁶⁷.

O caso versava sobre a filiação materna de uma criança nascida de uma mãe solteira, criança esta que, para o ordenamento jurídico belga, era considerada uma criança ilegítima e, por isso, havia um modo diferenciado de reconhecimento da sua maternidade. À época, sob a lei belga, a assunção da maternidade de uma criança “ilegítima” não decorria do simples fato da mulher ter dado luz à criança. A fim de se estabelecer o parentesco era necessário que a mãe voluntariamente assumisse a criança como sua ou iniciasse uma ação legal (*action en recherche de maternité*) com esta finalidade¹⁶⁸.

O parágrafo 31 deste caso merece especial atenção, pois foi nele que pela primeira vez a CtEDH se manifestou sobre a existência de uma obrigação positiva por parte do Estado. Neste parágrafo, a CtEDH realçou que o artigo 8º da CEDH, ao garantir o direito ao respeito pela vida familiar, primeiramente garantiu que o Estado não interferiria no exercício deste direito a não ser nas situações excepcionadas pelo parágrafo segundo deste mesmo dispositivo. Rememorando o julgamento do *Caso Lingüístico Belga*, a CtEDH afirmou que o objetivo do artigo era essencialmente proteger o direito do indivíduo de possíveis interferências arbitrárias das autoridades públicas. A CtEDH, entretanto, resolveu ir além e afirmar que o direito ao respeito pela vida familiar não se garante apenas com uma abstenção do Estado. Este direito também abarcaria inerentemente obrigações positivas de tornar efetiva a proteção da vida familiar.

Isto significa, entre outras coisas, que quando o Estado determina no seu ordenamento jurídico interno o regime aplicável a certos laços familiares, tais como entre uma mãe solteira e o seu filho, deve agir de modo a permitir que os interessados possam desfrutar de uma vida familiar normal. Neste caso em

¹⁶⁶ PAVAGEAU, Stéphanie. *Op. cit.*, p. 208.

¹⁶⁷ TULKENS, Françoise. *The paradoxical relationship...*, p. 583.

¹⁶⁸ CtEDH. *Caso Marckx vs. Bélgica*, § 14.

particular, entendeu-se que deveria existir na Bélgica uma legislação que reconhecesse a maternidade de uma criança filha de uma mulher solteira desde o momento de seu nascimento. Concluiu a CtEDH que ao Estado é facultado o modo como disciplinará a temática da filiação, contudo tal faculdade não afastaria a possibilidade da Corte de julgar que uma lei que não garante o princípio da *mater semper certa est* viola o artigo 8º, da CEDH.

No mesmo ano do julgamento do paradigmático *Caso Marckx vs. Bélgica*, foi julgado o *Caso Airey vs. Irlanda*. O caso girava em torno dos seguintes fatos. Johanna Airey, irlandesa, desejava conseguir a separação judicial de seu marido abusivo, uma vez que inexistia a possibilidade de divórcio à época na Irlanda. Como o seu marido se recusava a assinar um acordo de separação, ela teve que buscar tal medida através do Judiciário. Contudo, como a Irlanda não garantia o direito à assistência jurídica gratuita e a petionária não tinha condições de arcar com um advogado sozinha, Airey não conseguiu levar a cabo o processo de separação judicial, pois não se sentiu preparada para auto-patrocinar a sua própria defesa¹⁶⁹.

A passagem mais célebre deste julgado diz respeito ao momento em que a CtEDH afirmou que a Convenção Europeia dos Direitos do Homem deve garantir direitos que não são apenas teóricos ou ilusórios, mas direitos que tem caráter prático e que são efetivos¹⁷⁰. Na ocasião, afirmou-se que o artigo 6º da CEDH, em situações como a da petionária, imporia um dever ao Estado de fornecer assistência jurídica gratuita a fim de que o direito ao acesso à justiça fosse efetivado. Ao final, decidiu-se que houve violação ao artigo 6º da CEDH, tendo em vista que não teria sido viabilizado um acesso à justiça efetivo à petionária.

Interessante ressaltar que em ambos os casos não se buscava uma proteção do Estado face a particulares, mas sim que o Estado alterasse a sua legislação a fim de efetivar alguns direitos. O desenvolvimento posterior da teoria das obrigações positivas, contudo, vai se dar principalmente em casos em que se demanda uma proteção contra a ingerência de particulares¹⁷¹.

¹⁶⁹ Na Irlanda, em ações de separação judicial, a presença de advogado era facultativa.

¹⁷⁰ No original: "The Convention is intended to guarantee not rights that are theoretical or illusory but rights that are practical and effective". CtEDH. *Caso Airey vs. Irlanda*, § 24.

¹⁷¹ XENOS, Dimitri. *The positive obligations under the European Convention of Human Rights*, p. 22.

Frisa-se que, até o momento, a Corte Europeia de Direitos Humanos se recusou a dar um tratamento unitário para a temática das obrigações positivas. Seu posicionamento tem sido adaptar essa teoria caso a caso¹⁷².

Esta posição faz sentido tendo em vista o modo como a CtEDH fundamenta a existência de obrigações positivas. Conforme explica Stéphanie Pavageau, a teoria que deu base a construção jurisprudencial das obrigações positivas dentro do Sistema Europeu de Direitos Humanos foi a teoria da inerência¹⁷³. Tal teoria prevê que as obrigações positivas são elementos necessariamente inerentes aos direitos e liberdades assegurados pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem¹⁷⁴. Adotando-se esta teoria, caberia ao intérprete do direito ou liberdade em questão reconhecer as obrigações positivas que este direito ou esta liberdade impõe ao Estado.

A aplicação da teoria da inerência é visível nos *Casos Marckx vs. Bélgica e Airey vs. Irlanda*. Enquanto no primeiro caso a obrigação positiva foi extraída do artigo 8º da CEDH, no segundo a obrigação positiva foi reconhecida a partir de uma interpretação do artigo 6º do mesmo tratado internacional.

A opção pela adoção desta teoria é extremamente lógica quando se leva em consideração que, ao contrário da Convenção Americana de Direitos Humanos, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem não tem nenhum dispositivo que expressamente imponha ao Estado o dever de adequar o seu ordenamento jurídico ao entendimento desposado pelo Sistema Europeu de Direitos Humanos.

Entretanto, em um segundo momento do desenvolvimento da questão das obrigações positivas dentro do Sistema Europeu de Direitos Humanos, é possível verificar um esforço da CtEDH no sentido de tentar extrair do artigo 1º da CEDH obrigações desta natureza¹⁷⁵.

Observa-se, ainda, que tem sido usado um terceiro fundamento para justificar a imposição de obrigações positivas aos Estados-signatários. Obrigações positivas vêm sendo deduzidas através da combinação de dispositivos normativos da CEDH com o princípio geral do “Estado de Direito” ou da “preeminência do

¹⁷² VAN DROOGHENBROECK, Sébastien. *Op. cit.*, p. 86.

¹⁷³ PAVAGEAU, Stéphanie. *Op. cit.*, p. 213.

¹⁷⁴ *Idem*, p. 216.

¹⁷⁵ *Idem*, p. 214.

direito”, considerados pela CtEDH como dois dos princípios fundamentais de uma sociedade democrática e como inerentes ao conjunto da CEDH¹⁷⁶.

Ressalta-se que inexistente uma evolução linear do entendimento jurisprudencial da CtEDH a respeito das obrigações positivas, uma vez que essas três formas de extrair obrigações positivas da CEDH continuam a ser aplicadas pela CtEDH em seus julgamentos.

Contextualizado de forma breve o desenvolvimento de tais obrigações dentro do Sistema Europeu de Proteção de Direitos Humanos, cabe agora demonstrar como este entendimento desembocou no que Liora Lazarus, entre outros autores, chama de *coercitive duties* (deveres de coerção).

A aproximação da teoria das obrigações positivas com a matéria criminal se inicia com o julgamento do *Caso X e Y vs. Holanda*, caso em que foi imposta ao Estado Holandês uma obrigação de adotar uma legislação criminal que garantisse uma proteção eficaz às pessoas com deficiência mental contra a prática de crimes contra a dignidade sexual¹⁷⁷.

A circunstância fática que levou à proposição do caso foi o fato dos petionários X e sua filha com deficiência mental Y não terem conseguido que se iniciasse uma persecução contra a pessoa que estuprou Y. Como era uma ação penal condicionada à representação da vítima, era necessário que Y representasse contra o seu agressor. Contudo, no caso concreto, a vítima, devido a sua deficiência mental, era incapaz de praticar este ato jurídico. Por esta razão seu pai representou em seu lugar, no entanto tal representação não foi considerada válida, pois o direito holandês não previa a possibilidade do representante legal representar criminalmente em nome de uma vítima maior de 16 anos. Na petição foi alegado que houve violação ao artigo 8º da CEDH face a impossibilidade de se iniciar uma ação penal contra uma pessoa que estuprou uma menina com deficiência mental maior de 16 anos.

A CtEDH iniciou a análise sobre a ocorrência ou não da violação asseverando que cabe ao Estado, dentro da sua margem nacional de apreciação, escolher de que forma pretende garantir a efetividade do artigo 8º no que tange à esfera das relações sociais entre indivíduos. Aduziu o órgão judicial que existiriam

¹⁷⁶ AKANDJI-KOMBE, Jean-François. *Les obligations positives em vertu de la Convention européenne des Droits de l'Homme*: un guide pour la mise en oeuvre de la Convention européenne des Droits de l'Homme, p. 4.

¹⁷⁷ DUMONT, Hugues; HACHEZ, Isabelle. *Op. cit.*, p. 46.

diferentes maneiras de se assegurar o respeito pela vida privada e que a forma como o Estado deveria garantir essa proteção iria variar de acordo com o aspecto da vida privada que estivesse em questão¹⁷⁸.

No *Caso X e Y vs. Holanda*, a CtEDH entendeu que a proteção civil não era suficiente tendo em vista o tipo de conduta do qual Y foi vítima, uma vez que estariam em jogo valores fundamentais e aspectos essenciais da vida privada¹⁷⁹. Estimou, igualmente, que o desestímulo à prática deste tipo de ato odioso só poderia ser atingido através da regulamentação criminal da matéria, até mesmo porque condutas de violência sexual normalmente são criminalizadas¹⁸⁰.

A partir deste caso, a CtEDH passou a considerar a existência de uma obrigação positiva do Estado de conceder uma proteção penal a uma série de artigos constantes da CEDH¹⁸¹. As obrigações extraídas do direito à vida, do direito de não sofrer tortura, tratamento inumano ou degradante, do direito à vida privada, do direito de não sofrer discriminação e do direito à segurança formaram a criação no âmbito do Sistema Europeu de Direitos Humanos de um conjunto de deveres: o dever de criminalizar; o dever de prevenir; o dever de policiar; e o dever de processar e punir aqueles que cometem crimes. Liora Lazarus se refere a estes direitos como os deveres de coerção (*coercive duties*)¹⁸².

Dentre os deveres de coerção que existem, é o dever de criminalizar condutas que interessa a este trabalho. Como não seria possível neste trabalho analisar todos os casos em que a CtEDH se manifestou sobre este dever, optou-se por trazer a construção do dever de criminalizar a conduta de submeter outra pessoa à execução de trabalhos forçados no âmbito doméstico, por ter sido nestes casos que a Corte Europeia de Direitos Humanos trabalhou com maior profundidade e de forma pura a necessidade de uma criminalização autônoma. Por isso, no tópico seguinte vão ser analisados os três principais casos relacionados à temática, quais sejam, *Siliadin vs. França, C.N. e V. vs. França*, e *C.N. vs. Reino Unido*.

¹⁷⁸ TULKENS, Françoise; VAN DE KERCHOVE, Michel. *Criminal law and human rights...*, p. 95.

¹⁷⁹ *Ibidem*.

¹⁸⁰ *Ibidem*.

¹⁸¹ DUMONT, Hugues; HACHEZ, Isabelle. *Op. cit.*, p. 46.

¹⁸² LAZARUS, Liora. *Positive obligations and criminal justice: duties to protect or coerce?*, p. 3.

4.2. CtEDH E O MANDAMENTO DE CRIMINALIZAÇÃO DOS TRABALHOS FORÇADOS

A presente parte cuidará de apresentar como foi desenvolvida no seio do Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos a obrigação positiva de criminalizar a conduta de impor a outra pessoa a prestação de trabalhos forçados no ambiente doméstico.

A primeira vez que a CtEDH foi confrontada com esta problemática foi no *Caso Siliadin vs. França*. Siwa-Akofa Siliadin, nacional de Togo, chegou na França em 26 de janeiro de 1994, com apenas 15 anos de idade, acompanhada da pessoa identificada por Sra. D., uma francesa de origem togolesa. Siliadin e Sra. D. tinham acordado que Siliadin iria trabalhar na casa da Sra. D. como forma de pagar os gastos com as passagens aéreas e em troca a Sra. D. iria ajudá-la com a questão da imigração e iria encontrar uma escola para ela estudar. Na realidade, Siliadin acabou se tornando a empregada doméstica dos Srs. D, sem qualquer pagamento pelo seu serviço, além de ter tido o seu passaporte confiscado¹⁸³.

Alguns meses depois, a Sra. D. “emprestou” Siliadin aos Srs. B., para quem Siliadin prestou trabalhos domésticos durante alguns anos sem receber nenhuma forma de pagamento e sem acesso a seu passaporte. A petionária não tinha nenhum dia de folga durante a semana e sua rotina de trabalho ia das 7:30 da manhã até as 10:30 da noite.

Foi alegado na petição inicial que teria havido uma violação ao artigo 4º, da CEDH, o qual dispõe que ninguém pode ser mantido em regime de escravidão ou servidão, assim como que ninguém poderá ser constrangido a realizar um trabalho forçado ou obrigatório. Frisa-se que este dispositivo é inteiramente consagrado à proibição da escravatura e do trabalho forçado, o que denota a importância que tal vedação tem dentro do âmbito do Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos.

Antes de apreciar se teria ocorrido violação a tal dispositivo convencional, decidiu a CtEDH consignar que o artigo 4º, da CEDH, poderia ensejar obrigações de ordem positiva aos Estados-signatários no sentido de que existiria um dever de criminalizar as práticas vedadas em sua redação. Como fundamento de sua decisão, a Corte de Estrasburgo citou a pletora de tratados que versavam sobre trabalhos

¹⁸³ CtEDH. *Caso Siliadin vs. França*, §§ 10-11.

forçados, trabalho escravo e direitos dos menores de idade ratificados pela França. Para a CtEDH, limitar o âmbito de alcance do artigo 4º apenas às ações diretamente tomadas pelas autoridades estatais seria inconsistente com as obrigações contraídas pelo Estado quando da ratificação dos mencionados tratados, bem como poderia esvaziar a efetividade dos direitos contidos no mencionado dispositivo¹⁸⁴.

Utilizou-se também do argumento de que o artigo 4º da CEDH consagra um dos valores fundamentais das sociedades democráticas que compõem o Conselho da Europa¹⁸⁵. Tal alegação encontra espeque no fato de que o artigo 4º, ao contrário de outros artigos da CEDH, não admite qualquer exceção ao direito nele inscrito¹⁸⁶.

Quanto à questão da existência ou não de uma violação ao direito previsto no artigo 4º, a CtEDH se viu forçada a analisar a legislação francesa posta em xeque por Siliadin em sua petição. De sua parte, Siliadin alegou que a legislação francesa vigente à época não lhe garantiu proteção suficiente contra a situação pela qual passou e que esta não permitiu a punição dos culpados. De seu lado, o Estado Francês alegou que os artigos 225-13 e 225-14 do Código Criminal Francês tornavam possível o combate à exploração do trabalho de um indivíduo no sentido estabelecido pelo artigo 4º da CEDH¹⁸⁷, ainda que não dispusessem especificamente sobre a temática.

Em relação à argumentação esposada pelo Estado Francês, a CtEDH ressaltou que os mencionados tipos penais não protegiam especificamente os direitos garantidos pelo artigo 4º da CEDH¹⁸⁸. Foi igualmente destacado o fato de que no ordenamento jurídico francês não era criminalizado autonomamente os delitos de escravidão e trabalho forçado no ambiente doméstico¹⁸⁹. Também foi levantada a questão de que a vítima, pertencente ao gênero feminino e menor de idade, merecia uma proteção maior, melhor e específica.

A fim de justificar a necessidade de se tipificar a conduta de submeter alguém ao estado de escravidão doméstica ou trabalho doméstico forçado foram utilizados vários argumentos. Em primeiro lugar, a CtEDH ressaltou que a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, na sua Recomendação 1523/2001, lamentou que nenhum dos Estados-membros do Conselho da Europa

¹⁸⁴ CtEDH. *Caso Siliadin vs. França*, § 89.

¹⁸⁵ *Idem*, § 82.

¹⁸⁶ *Idem*, § 70.

¹⁸⁷ *Idem*, § 131.

¹⁸⁸ *Idem*, § 142.

¹⁸⁹ *Idem*, § 141.

criminalizava expressamente a escravidão doméstica em seus Códigos Criminais¹⁹⁰, o que é um claro indicativo de que o Conselho da Europa era favorável a criminalização deste ilícito.

Em um segundo momento, a CtEDH rememorou o entendimento esposado no *Caso X e Y vs. Holanda*, entre outros, e asseverou que crianças e outros indivíduos em situação de vulnerabilidade devem ser protegidos pelo Estado, devendo esta proteção ser prestada através de meios que promovam a dissuasão das práticas violatórias da integridade pessoal destes grupos¹⁹¹. Citando uma passagem do *Caso X e Y vs. Holanda*, reforçou que apenas uma legislação penal atingiria esse ideal de dissuasão (*deterrence*).

Ao final, a Corte de Estrasburgo enfatizou que progressivamente tem sido exigido parâmetros maiores de proteção aos direitos humanos e liberdades fundamentais e que, por consequência, deveria haver maior firmeza na apreciação das violações aos valores fundamentais das sociedades democráticas¹⁹². Face a tais elementos, a CtEDH julgou haver violação ao artigo 4º da CEDH.

Observa-se, a partir desta breve exposição dos argumentos adotados, que o fundamento maior que justificou a postura da CtEDH de reconhecer uma obrigação positiva do Estado de criminalizar a conduta de trabalho forçado no ambiente doméstico foi a gravidade da violação de direitos humanos cometida. Isto fica evidente pelo fato da Corte ter ressaltado que o artigo 4º da CEDH prevê um dos direitos mais fundamentais das sociedades democráticas e que este direito não admite nenhuma restrição.

Este posicionamento foi repetido quando do julgamento do *Caso C.N. e V. vs. França* em 11 de outubro de 2012. C.N. e V., ambas de origem burundesa, foram adotadas por M. e N., após seus pais terem sido mortos no Burundi, e passaram a viver na França enquanto ainda eram adolescentes. Segundo as petionárias, durante o período em que habitaram a casa de M. e N. foram obrigadas a fazer os serviços domésticos e cuidar do primo com deficiência sem receberem nenhuma forma de pagamento em troca. Alegaram que as condições de acomodação e alimentação proporcionadas a elas eram extremamente precárias. Além disso, disseram que sofriam agressões físicas e verbais por parte de sua tia N e eram

¹⁹⁰ CtEDH. *Caso Siliadin vs. França*, § 133.

¹⁹¹ *Idem*, § 143.

¹⁹² *Idem*, § 148.

ameaçadas de que seriam enviadas de volta ao Burundi se não obedecessem aos comandos da tia. Neste caso, a França foi acusada uma vez mais de ter violado o direito previsto no artigo 4º da CEDH.

Adentrando o mérito a respeito da alegada violação, a CtEDH reiterou que o artigo 4º da CEDH protege um dos valores mais fundamentais das sociedades democráticas. Sua importância é tamanha que tal dispositivo não admite nenhuma restrição ou exceção, mesmo durante o Estado de Emergência¹⁹³.

Foi igualmente ressaltado que o artigo 4º da CEDH permite que um Estado-signatário seja considerado responsável por uma violação de direitos humanos não apenas como resultado de suas ações, mas também pela sua falha em garantir uma proteção efetiva às vítimas de escravidão e trabalhos forçados face a existência de obrigações positivas impostas por este direito¹⁹⁴.

Analisando as circunstâncias fáticas do caso, entretanto, a CtEDH entendeu não existir violação quanto à petionária V. Isto porque, somente em relação à petionária C.N. era possível vislumbrar a ocorrência da prática de subjugação à servidão, modalidade de trabalho forçado em que a vítima é forçada a morar na propriedade da pessoa que recebe os frutos do seu trabalho e não consegue vislumbrar uma forma de sair desta situação¹⁹⁵.

Para considerar existente a violação ao artigo 4º da CEDH, contudo, não era necessário apenas que se provasse que C.N. foi submetida a uma situação de servidão. Fazia-se imperioso, igualmente, que se demonstrasse que o Estado Francês falhou com o seu dever de proteção. A Corte de Estrasburgo considerou que a legislação francesa, mesmo após a alteração dos dispositivos do Código Penal a respeito da exploração de trabalho de terceiros promovida em 2003, ainda não concedia uma proteção adequada ao direito contido no artigo 4º da CEDH¹⁹⁶.

Ao final, a CtEDh decidiu que houve violação ao artigo 4º da CEDH quanto à petionária C.N. devido ao fato do Estado Francês não ter atendido à obrigação positiva a ele imposta de criar uma legislação e meios administrativos aptos a combater de modo efetivo o trabalho forçado e a servidão¹⁹⁷.

¹⁹³ CtEDH. *Caso C.N. e V. vs. França*, § 68.

¹⁹⁴ *Idem*, § 69.

¹⁹⁵ *Idem*, § 90.

¹⁹⁶ *Idem*, § 107.

¹⁹⁷ *Idem*, § 108.

Em 05 de agosto de 2013, a França reformou o Código Criminal Francês a fim de inserir a tipificação dos delitos de redução à condição análoga à de escravo, de servidão e de trabalhos forçados. Há de se frisar ainda que esta legislação novel previu que a pena seria maior nos casos em que a vítima fosse menor de idade, o que atende a necessidade de maior proteção a este grupo vulnerável aludida nos casos apresentados.

Emmanuel Daoud e Safya Akorri afirmam que essas duas condenações do Estado Francês colocaram a França na posição de um dos principais alvos das críticas da Comissão Europeia relativas ao problema do trabalho análogo ao de escravo na Europa. Para os autores, ainda que não tenha sido esse o único fator determinante que levou a criminalização das mencionadas condutas, tais decisões efetivamente foram um dos motivos por trás da promulgação da lei que reformou o Código Penal Francês¹⁹⁸. Verifica-se novamente como as decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos têm impactado os ordenamentos jurídicos nacionais europeus.

Ainda sobre a questão do trabalho forçado, cabe trazer mais um julgado da CtEDH. Desta vez o acusado de violar o artigo 4º da CEDH foi o Reino Unido. Trata-se do *Caso C.N. vs. Reino Unido*.

Neste contencioso, C.N., originária da Uganda, resolveu deixar o continente africano em busca de uma condição de vida melhor no Reino Unido. Para tanto, ela contou com a ajuda de um parente chamado P.S. e de uma pessoa nomeada Sr. Abdul. Ambos ajudaram ela a conseguir um passaporte e vistos falsos, o que possibilitou à petionária a sua entrada no Reino Unido. Logo que chegou ao Reino Unido, C.N. teve seus documentos confiscados por P.S., sendo que ele também a aconselhou a não falar com ninguém e ameaçou lesionar a integridade física da petionária se ela conversasse com outras pessoas.

Durante o seu tempo no Reino Unido, C.N. trabalhou para Mohammed esporadicamente como segurança privada e de forma contínua como cuidadora de um casal de idosos, tendo inclusive chegado a residir na casa deste casal. Mohammed transferia o dinheiro do pagamento de C.N. para P.S., aparentemente

¹⁹⁸ DAOUD, Emmanuel; AKORRI, Safya. *La criminalisation, en France, des pratiques esclavagistes ou comment universaliser l'obligation des employeurs à respecter des conditions de travail compatibles avec la dignité*, p. 3.

na expectativa de que este repassasse o valor para C.N., contudo C.N. afirmou que nunca recebeu nada em troca dos serviços prestados.

Quanto à legislação criminal vigente à época dos fatos, era indiscutível que ela não criminalizava autonomamente a conduta de submeter alguém a trabalhos forçados em ambiente doméstico¹⁹⁹. Entretanto, algumas condutas-meio desta prática eram criminalizadas sob a lei britânica como, por exemplo, os crimes de tráfico de pessoas, sequestro, chantagem, estupro, assédio, entre outros.

Utilizando o *Caso Siliadin vs. França* como precedente, a CtEDH julgou que a legislação vigente no Reino Unido à época era inadequada e não garantia uma proteção prática e efetiva do direito positivado no artigo 4º da CEDH. Quanto à alegação do Reino Unido de que as condutas acessórias e alguns crimes-meio do delito de submeter alguém à prestação de trabalhos forçados eram criminalizados em território britânico, a Corte de Estrasburgo decidiu que tal fato não afastava a responsabilidade do Estado, uma vez que a submissão de uma pessoa a trabalhos forçados, servidão ou escravidão poderia ocorrer através de condutas-meio que não eram tipificadas e nestas situações as pessoas que foram subjugadas não conseguiriam buscar a condenação de seus malfeitores devido à ausência de uma criminalização autônoma do delito de trabalhos forçados em âmbito doméstico²⁰⁰.

Considerando existir uma obrigação positiva decorrente das provisões do artigo 4º da CEDH, obrigação esta que não foi adimplida pelo governo britânico, a CtEDH declarou que houve violação ao mencionado dispositivo convencional.

Destaca-se que no período subsequente a esta decisão da CtEDH, o Reino Unido adotou medidas legislativas que tipificaram a conduta de submeter alguém a trabalhos forçados. Na Inglaterra e no País de Gales a criminalização desta conduta foi procedida através da promulgação da Lei de Escravidão Moderna (*Modern Slavery Act*) em 2015. Importante notar que o artigo 1(2) desta lei prevê que a interpretação do que seria manter uma pessoa em estado de escravidão ou servidão ou demandar que uma pessoa realize trabalho forçado deveria ser feita de acordo com o artigo 4º da Convenção Europeia de Direitos Humanos. Esta previsão denota como a decisão da CtEDH no *Caso C.N. vs. Reino Unido* está diretamente ligada a esta alteração legislativa.

¹⁹⁹ CtEDH. *Caso C.N. vs. Reino Unido*, § 4.

²⁰⁰ *Idem*, § 76.

No mesmo ano, tais condutas foram criminalizadas pela Lei de Tráfico e Exploração de Pessoas (*Human Trafficking and Exploitation Act*) na Escócia. Destaca-se que o artigo 4(2) deste documento legislativo apresenta conteúdo idêntico ao do artigo 1(2) da Lei de Escravidão Moderna. Da mesma forma, a Irlanda do Norte também optou pela via penal como uma das formas de lidar com este problema ao promulgar a sua Lei de Tráfico e Exploração de Pessoas (*Human Trafficking and Exploitation Act*) em 2015. Nesta legislação foi igualmente consignado no artigo 1(2) que a interpretação dos delitos de redução à escravidão e ao trabalho forçado deveria ser feita com base no entendimento acerca do artigo 4º da CEDH.

Inegável, portanto, o impacto que as decisões que condenaram a França e o Reino Unido tiveram na adoção de legislação criminal nestes países relativa ao problema do trabalho forçado.

A influência dos sistemas regionais de direitos humanos na criminalização de condutas a nível nacional, contudo, não se restringe ao continente europeu. As decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos também vêm influenciando a tipificação de novos delitos a partir da construção jurisprudencial da teoria das obrigações positivas conforme se demonstrará a seguir.

4.3. A IMPOSIÇÃO DE OBRIGAÇÕES POSITIVAS PELA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Assim como a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, a Convenção Americana de Direitos Humanos não prevê expressamente a existência de obrigações positivas. Entretanto, estas obrigações vêm sendo deduzidas a partir do conteúdo deste tratado internacional. Tal dedução é possível porque “a Convenção é considerada um instrumento vivo e evolutivo, a qual pode ser objeto de uma interpretação dinâmica, à luz das circunstâncias atuais ou das ‘condições de vida de hoje’ para retomar a expressão bastante utilizada pela Corte”²⁰¹.

Para Kathia Martin-Chetnut,

²⁰¹ MARTIN-CHENUT, Kathia. *A valorização das obrigações positivas de natureza penal na jurisprudência da CIDH*, p. 98-99.

“(...) a existência e o desenvolvimento destas obrigações, penais inclusive, parecem ser não apenas legítimas, pois permitem garantir a efetividade dos direitos humanos, mas também parecem se impor cada vez mais, quando a matéria é referente a graves violações a direitos humanos”²⁰².

Ao contrário do Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos, a Corte Interamericana de Direitos Humanos vem desde o primeiro caso construindo a teoria das obrigações positivas. O *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, julgado em 29 de julho de 1988, versava sobre a alegada responsabilidade do Estado Hondurenho em relação à prisão forçada, tortura e desaparecimento forçado de Angel Manfredo Velásquez Rodríguez.

Como bem explica Raquel da Cruz Lima, com esta decisão se iniciou a construção de uma nova tese jurídica a respeito da responsabilidade do Estado acerca de violações de direitos humanos. A partir deste precedente, passou-se a se defender que a responsabilidade internacional do Estado não decorreria apenas de

“(...) situações em que ele diretamente tivesse privado um indivíduo de um direito protegido pela Convenção – como a vida e a integridade física -, mas também quando desrespeitasse o dever de investigar e sancionar os responsáveis diretos pela violação”²⁰³.

É a partir de uma interpretação do artigo 1º da Convenção Americana de Direitos Humanos que a CtIDH vai extrair a existência de obrigações positivas impostas aos Estados. Tal artigo impõe aos Estados Partes o dever de respeitar os direitos e liberdades reconhecidos na CADH e o dever de garantir o seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, independentemente de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

Nesta decisão foi construído o entendimento de que o artigo 1(1) da CADH corresponde à “síntese das obrigações contraídas pelo Estado em relação a cada um dos direitos protegidos na CADH, de tal modo que a lesão a algum direito sempre envolverá uma ofensa ao disposto no 1.1”²⁰⁴. Interessante notar que a análise da violação ao artigo 1º da CADH foi feita de ofício pela CtIDH, utilizando o

²⁰² MARTIN-CHENUT, Kathia. *A valorização das obrigações positivas de natureza penal na jurisprudência da CIDH*, p. 99.

²⁰³ LIMA, Raquel da Cruz. *O direito penal dos direitos humanos...*, p. 52.

²⁰⁴ *Ibidem*.

princípio *iura novit curiae*, uma vez que a CIDH ao encaminhar o caso à Corte Interamericana não alegou violação a este dispositivo²⁰⁵.

A partir deste caso, a CtIDH passou a atribuir aos Estados-signatários da CADH a existência de dois deveres derivados do artigo 1(1): o dever de respeitar e garantir os direitos convencionalmente previstos e o dever de assegurar o seu livre e pleno exercício a todos os jurisdicionados²⁰⁶.

Quanto à primeira obrigação, a CtIDH esclarece que ela se relaciona com a limitação do poder estatal, no sentido de que o exercício da função pública é restringido pelos direitos humanos, tendo em vista que estes são atributos inerentes da dignidade da pessoa humana e, por consequência, superiores ao poder do Estado²⁰⁷.

No que tange ao segundo dever, foi consignado que os Estados-signatários têm a obrigação de organizar todo o seu aparato governamental e todas as entidades através das quais se manifesta o exercício do poder público de maneira tal que seja assegurado juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos²⁰⁸. A partir desta obrigação, a CtIDH deduziu que os Estados têm o dever de prevenir, investigar e punir toda violação cometida contra um direito reconhecido pela CADH, assim como buscar a reparação, se possível, face aos danos decorrentes desta violação.

Assim, mesmo que a violação tenha sido praticada por um particular, poderá ser inferida a responsabilidade do Estado se restar comprovado que este falhou de alguma maneira com o dever de prevenir, investigar e punir.

Muito embora a CtIDH tenha declarado que o Estado Hondurenho tinha o dever de processar os responsáveis pela violação do direito humano, a Corte condenou o Estado Hondurenho apenas ao pagamento de uma indenização aos familiares da vítima.

Alexandra Huneus afirma que foi somente a partir de 1996 que a CtIDH começou a ordenar que os Estados investigassem e punissem os crimes que ocasionaram graves violações de direitos humanos. Desde então, na maioria dos

²⁰⁵ CtIDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, § 163.

²⁰⁶ *Idem*, § 164.

²⁰⁷ *Idem*, § 165.

²⁰⁸ *Idem*, § 166.

casos, ela vem impondo aos Estados o dever de processar eficazmente os responsáveis por estas violações²⁰⁹.

A título ilustrativo, menciona-se, uma vez mais, o dado identificado por Huneeus de que, no ano de 2012, a CtIDH era responsável pelo monitoramento de 51 processos criminais relacionados a violações de direitos humanos praticadas em 15 países americanos diversos²¹⁰. Também com o intuito de corroborar tal afirmação, cita-se novamente a informação trazida por Huneeus de que, até 2012, pelo menos 39 persecuções criminais motivadas por decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos resultaram em condenações criminais²¹¹.

No que concerne essas obrigações positivas de cunho penal, Martin-Chenut sustenta que, embora não exista previsão expressa na CADH, a jurisprudência do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos entende que o Estado não pode renunciar ao *jus puniendi* em casos de violações graves de direitos humanos²¹². Tal posicionamento é justificado, conforme aduz a autora, pelo fato de que “a impunidade é considerada como nefasta pela Corte, pois ela favorece a repetição crônica de violações de direitos humanos e a incapacidade das vítimas e de suas famílias de defenderem seus direitos”²¹³.

Uma diferença importante em relação ao Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos deve ser sublinhada. Ao contrário do cenário europeu, em que as obrigações positivas foram inicialmente deduzidas de casos relacionados a questões de direito civil, no Sistema Interamericano é a luta contra a impunidade das violações graves e massivas de direitos humanos o fator que tem impulsionado a construção teórica das obrigações positivas dos Estados signatários da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Como bem explica Martin-Chenut, esta valorização das obrigações positivas de natureza penal é tipicamente reforçada pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos sobretudo “por causa da particularidade das violações (graves e massivas), da existência de artigos específicos na CADH (1º e 2º) e da quase inexistência da ‘margem de apreciação nacional’ na jurisprudência da CIDH”²¹⁴.

²⁰⁹ HUNEEUS, Alexandra. *Op. cit.*, p. 7-8.

²¹⁰ *Idem*, p. 2.

²¹¹ *Ibidem*.

²¹² MARTIN-CHENUT, Kathia. *A valorização das obrigações positivas de natureza penal na jurisprudência da CIDH*, p. 100-101.

²¹³ *Ibidem*.

²¹⁴ *Idem*, p. 101-102.

A autora ensina que, por conta desta construção jurisprudencial, os Estados são “obrigados a recorrer à repressão penal para proteger os direitos humanos, seja pela criminalização de certas violações a estes direitos, seja pela redução da autonomia processual a nível estatal”²¹⁵.

A obrigação que interessa a este trabalho é a de criminalizar algumas condutas. Dentro do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos a obrigação de criminalizar mais desenvolvida tem a ver com a prática dos desaparecimentos forçados e, por isso, será analisada na sequência.

4.4. DA OBRIGAÇÃO POSITIVA DE CRIMINALISAR A PRÁTICA DOS DESAPARECIMENTOS FORÇADOS

A Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas de 1994 define em seu artigo II o desaparecimento forçado, para os efeitos daquela convenção, como

“(...) a privação de liberdade de uma pessoa ou mais pessoas, seja de que forma for, praticada por agentes do Estado ou por pessoas ou grupos de pessoas que atuem com autorização, apoio ou consentimento do Estado, seguida de falta de informação ou da recusa a reconhecer a privação de liberdade ou a informar sobre o paradeiro da pessoa, impedindo assim o exercício dos recursos legais e das garantias processuais pertinentes”.

Apesar de não ter sido inventada no continente americano, observa-se que esta foi uma prática muito adotada pelas ditaduras latino-americanas. Conforme ensina Amarilis Busch Tavares, a adoção desta prática se deu inicialmente na Guatemala, entre os anos de 1963 e 1966, e desde esse momento já apresentava as principais características que tornariam esta uma das mais perversas práticas presentes no continente americano. Tais características eram: a completa submissão psicológica da comunidade como um todo, uma atmosfera de terror generalizado e a absoluta impunidade das pessoas que auxiliaram na perpetração do ilícito²¹⁶.

²¹⁵ MARTIN-CHENUT, Kathia. *A valorização das obrigações positivas de natureza penal na jurisprudência da CIDH*, p. 99-100.

²¹⁶ TAVARES, Amarilis Busch. *O desaparecimento forçado como uma prática sistemática de Estado nas ditaduras na América Latina: uma abordagem crítica sobre o papel do sistema interamericano de direitos humanos*, p. 291.

Para Kathia Martin-Chenut, a generalização deste tipo de prática se deu devido ao fato do desaparecimento forçado ser visto como um crime perfeito: “ausência de vítima (ela desapareceu), de corpo de delito (está oculto, dissimulado) e muitas vezes também de autor (geralmente acobertado pelo aparelho estatal [...])”²¹⁷.

Não é à toa, portanto, que o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos vai ser confrontado desde o princípio com a temática. Desde 1986, já era debatido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos a necessidade de se adotar uma convenção interamericana sobre desaparecimentos forçados, uma vez que para a CIDH a prática de desaparecimentos forçados na América Latina servia especialmente à repressão e à supressão física de dissidentes políticos²¹⁸.

No entanto, foi somente em 1994, após o início dos processos de redemocratização dos países latino-americanos, que a mencionada Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas foi adotada. Tal instrumento normativo internacional representou um importante passo no movimento de criminalização desta forma de ilícito. Em seu artigo III, a Convenção estipulou que

“Os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com seus procedimentos constitucionais, as medidas legislativas que forem necessárias para tipificar como delito o desaparecimento forçado de pessoas e a impor-lhes a pena apropriada que leve em conta sua extrema gravidade”.

Quanto à natureza do crime, estabeleceu neste mesmo dispositivo que este delito deveria ser considerado continuado ou permanente enquanto não se estabelecesse o destino ou o paradeiro da vítima. Outra disposição que merece destaque é a do artigo VII, o qual prevê que “a ação penal decorrente do desaparecimento forçado de pessoas e a pena que for imposta judicialmente ao responsável por ela não estarão sujeitas a prescrição”, salvo se uma norma fundamental dispôr em contrário, situação em que será adotado como prazo prescricional o período aplicável à infração mais grave prevista no direito interno.

No âmbito do direito interno brasileiro, tem-se que o Estado Brasileiro firmou a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas em 10

²¹⁷ MARTIN-CHENUT, Kathia. *Op. cit.*, p. 103.

²¹⁸ *Idem*, p. 104.

de junho de 1994, tendo depositado junto à OEA o instrumento de ratificação deste tratado apenas em 03 de fevereiro de 2014. A convenção somente foi promulgada pelo Estado Brasileiro em 11 de maio de 2016 através do Decreto nº 8.766. A prática dos desaparecimentos forçados não foi, entretanto, criminalizada pelo ordenamento jurídico brasileiro.

A atuação do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos em prol da criminalização deste “Crime de Estado” não se restringiu à CIDH. A Corte Interamericana de Direitos Humanos foi confrontada desde o seu primeiro julgamento com a temática e contribuiu na construção de uma responsabilidade internacional dos Estados-signatários da CADH de adotarem uma legislação criminal que tipificasse esta conduta.

Martin-Chenut consigna que, desde as suas primeiras decisões atinentes aos casos contra Honduras (*Velásquez Rodríguez, Godínez Cruz, Fairén Garbi e Solís Corrales*), a CtIDH passou a reconhecer a prática dos desaparecimentos forçados “como uma violação múltipla e contínua de vários direitos previstos na Convenção, afastando o reconhecimento de várias violações isoladas, contudo, para aplicar uma abordagem global”²¹⁹.

Entretanto, foi somente a partir do *Caso Gómez Palomino vs. Peru* que a CtIDH passou a se manifestar a respeito da demanda pela criação de um tipo penal específico para prevenir e combater a prática do desaparecimento forçado.

Neste caso, buscou-se aferir a responsabilidade internacional do Estado Peruano pelo desaparecimento forçado de Santiago Gómez Palomino, promovido por um grupo de militares em 1992, e pela ausência de investigação e sanção dos responsáveis pela prática do ilícito. Importante remarcar desde logo que a prática de desaparecimentos forçados é criminalizada no artigo 320 do Código Penal Peruano. Então o que estava em questão não era tanto a necessidade de criar um tipo penal que sancionasse esta prática, mas sim de determinar se o modo como a conduta foi criminalizada era suficiente para garantir a proteção dos direitos convencionalmente previstos.

No julgamento deste caso, a CtIDH começou discorrendo que, quando se trata de desaparecimentos forçados, o Estado tem o dever de adaptar a sua legislação nacional a fim de erradicar a ocorrência desta prática. Para a Corte

²¹⁹ MARTIN-CHENUT, Kathia. *Op. Cit.*, p. 105.

Interamericana de Direitos Humanos não seria suficiente que o Estado criminalizasse as práticas de tortura, homicídio, sequestro, entre outras. É necessário que a prática de desaparecimentos forçados seja tipificada de forma autônoma, principalmente porque este é um fenômeno distinto que se caracteriza pela constantes e múltiplas violações de direitos humanos garantidos pela CADH²²⁰.

Para além da tipificação autônoma, entendem os juízes interamericanos que o tipo penal deve estar disposto tendo por base o artigo II da Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas e conter todas as circunstâncias elementares nele previstas²²¹.

Em relação ao artigo 320, do Código Penal Peruano, a CtIDH sustentou que ele não estava em conformidade com a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas por três razões: a) pelo fato do tipo restringir o sujeito ativo do crime a funcionários ou servidores públicos; b) pela ausência da elementar da “negativa do reconhecimento da privação da liberdade e de prestar informações a respeito do destino ou do logradouro da pessoa detida”; e c) pela exigência para a caracterização do tipo penal da comprovação do desaparecimento²²².

No que tange à primeira razão, a CtIDH esclareceu que de acordo com o dever geral de proteção, os Estados têm a obrigação positiva de investigar, processar, julgar e punir os responsáveis por violações de direitos humanos. Essa obrigação se faz presente mesmo quando a violação não é praticada diretamente por um oficial do governo. Por exemplo, se a violação é praticada por particulares que contam com o apoio, aprovação ou tolerância do Estado mesmo assim seria possível vislumbrar a responsabilidade internacional estatal.

Partindo desta obrigação, tem-se a premissa de que qualquer pessoa que pratique condutas características do desaparecimento forçado deve ser condenada criminalmente²²³. Tendo em vista que o tipo penal disposto no artigo 320, do Código Penal Peruano limitava o sujeito ativo apenas aos funcionários e servidores públicos, concluiu-se que o modo como o crime havia sido tipificado era incompleto e merecia reparos.

²²⁰ CtIDH. *Caso Gómez Palomino vs. Peru*, § 92.

²²¹ *Idem*, § 96.

²²² *Idem*, § 99.

²²³ *Idem*, § 100.

A necessidade de reforma do tipo penal, entretanto, não se restringia a este aspecto. A CtIDH julgou igualmente necessária a alteração do dispositivo criminal devido à ausência de uma elementar prevista pelo artigo II da Convenção sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas. Segundo a Corte Interamericana de Direitos Humanos, o desaparecimento forçado se caracteriza pela negativa de se reconhecer a privação de liberdade ou de se conceder informação a respeito do destino ou logradouro das pessoas detidas, assim como pela ausência de pistas e evidências²²⁴. A partir de uma breve leitura da redação do artigo 320, do Código Penal Peruano, observa-se que inexistente tal elementar, razão pela qual a CtIDH dispôs que o Estado teria que alterar este dispositivo a fim de conformá-lo ao teor da mencionada convenção internacional sobre desaparecimentos forçados²²⁵.

Por fim, quanto à terceira razão, a CtIDH argumentou que um dos elementos distintivos da prática dos desaparecimentos forçados era a sua natureza clandestina e que não seria possível impor às vítimas ou aos familiares das vítimas a obrigação de apresentar todas as informações a respeito do desaparecimento, uma vez que caberia ao Estado, detentor dos meios oficiais de investigação, tal ônus²²⁶. Por isso, o Estado foi condenado a alterar a redação do artigo 320, do Código Penal Peruano, também neste tocante.

A necessidade da tipificação autônoma do desaparecimento forçado e da sua adequação aos parâmetros internacionais sobre a matéria foi reforçada em alguns casos subsequentes. Entendimento similar foi exarado nos julgamentos dos *Casos Blanco Romero et al vs. Venezuela* (2005), *Heliodoro Portugal vs. Panamá* (2008), *Anzualdo Castro vs. Peru* (2009), *Radilla Pacheco vs. México* (2009) e *Contreras et al vs. El Salvador* (2011), uma vez que foi ordenado aos Estados envolvidos que alterassem o modo como tipificavam o delito de desaparecimento forçado.

Se nos casos acima citados, a CtIDH impôs aos Estados uma alteração da legislação criminal existente, no *Caso Gomes Lund et al vs. Brasil* (2010) ela determinou a criação de um tipo penal que criminalizasse a prática dos desaparecimentos forçados. Até o momento, porém, a prática de desaparecimento forçado não é criminalizada autonomamente no Brasil.

²²⁴ CtIDH. *Caso Gómez Palomino vs. Peru*, § 103.

²²⁵ *Idem*, § 104.

²²⁶ *Idem*, § 106.

Partindo dos casos apresentados é possível observar que o Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos vem exercendo pressão sobre os países latino-americanos para que criminalizem a prática do desaparecimento forçado de acordo com a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas.

Tal postura denota a fé depositada no direito penal como instrumento de dissuasão de condutas delitivas. Contudo, uma análise mais atenta das decisões permite verificar que a CtIDH, ao contrário da Corte Europeia de Direitos Humanos, não se limita a condenar os Estados ao pagamento de indenizações e ao dever de alterar a legislação nacional vigente. A CtIDH vai além e impõe concomitantemente outras obrigações de natureza diversa.

Nos *Casos Blanco Montero et al vs. Venezuela Radilla Pacheco vs. México e Gomes Lund et al vs. Brasil*, a CtIDH determinou que os Estados criassem programas especiais de treinamento para os seus agentes responsáveis pela investigação e pela persecução criminal a fim de habilitá-los a lidar com as especificidades da prática de desaparecimentos forçados.

A seu turno, no *Caso Contreras et al vs. El Salvador* impingiu-se ao Estado El Salvadorenho a realização de um documentário audiovisual a respeito dos desaparecimentos forçados de crianças ocorridos durante o conflito armado daquele país, devendo constar no documentário informações a respeito deste caso e sobre o trabalho realizado pela “*Asociación Pro-Búsqueda de Niños y Niñas Desaparecidos*”.

Inegável, a partir do exposto neste capítulo, que o direito penal vem sendo adotado pelos mecanismos regionais de proteção dos direitos humanos como um dos meios mais eficazes de se combater as violações de direitos humanos.

Até aqui, procurou a autora explorar os argumentos utilizados tanto pelo Sistema Europeu quanto pelo Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos a fim de justificar a imposição de obrigações aos Estados de criminalizarem e descriminalizarem determinadas condutas.

No tópico a seguir, serão feitas algumas considerações críticas a respeito da fundamentação adotada, bem como serão feitos comentários sobre o aparente paradoxo existente entre os posicionamentos tomados por ambos os sistemas.

4.5. CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS ACERCA DO PARADOXO APRESENTADO

No primeiro capítulo deste trabalho foram apresentados alguns paradoxos estabelecidos entre o direito penal e o discurso dos direitos humanos, em especial o discurso do direito internacional dos direitos humanos. A maioria da doutrina utilizada neste trabalho aponta que estes paradoxos começaram a surgir com a adoção de um discurso punitivista pelo direito internacional dos direitos humanos.

Para William Schabas, por exemplo, o início de uma virada repressiva ocorreu a partir do julgamento do *Caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras*, ocasião em que se estabeleceu pela primeira vez a obrigação do Estado de prevenir, investigar e punir violações de direitos humanos²²⁷. No âmbito do sistema europeu de direitos humanos o *turning point* teria sido o *Caso X e Y vs. Holanda*, contencioso em que a CtEDH decidiu que, para alguns direitos e em determinadas circunstâncias, a proteção civil seria insuficiente, isto é, que em algumas circunstâncias seria necessária uma tutela penal dos direitos humanos.

Dentre os paradoxos apresentados, optou-se por estudar como os sistemas regionais de direitos humanos estavam promovendo a criminalização e a descriminalização de algumas condutas e os principais argumentos para tanto.

No segundo capítulo apresentou-se as principais decisões da Corte Europeia de Direitos Humanos a respeito da descriminalização da homossexualidade masculina, assim como foram analisadas as principais manifestações do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos sobre a descriminalização do delito de desacato.

Ambos os mecanismos regionais de proteção dos direitos humanos invocaram o princípio da proporcionalidade como fundamento para rechaçar a tipificação de tais condutas. Frisa-se que o princípio da proporcionalidade foi utilizado por estes sistemas enquanto princípio informador do direito internacional dos direitos humanos e não com as características típicas deste princípio quando adotado no âmbito penal. Da maneira como foi aplicado, ele poderia servir para o juízo de valor de qualquer restrição a um direito humano, não apenas às restrições de ordem penal.

²²⁷ SCHABAS, William. *Op. cit.*, p. 166.

Tendo como parâmetro valorativo este princípio, os dois sistemas perquiriram se as criminalizações: a) eram previstas em lei anterior ao cometimento do ato; b) perseguiram fins legítimos; e c) se eram uma restrição necessária para o alcance destes fins legítimos. Todas as legislações analisadas não atendiam ao terceiro requisito. Como já mencionado neste trabalho, a restrição para ser convencional tinha que ser mais do que meramente “útil” ou “oportuna”, ela teria que ser necessária à proteção do direito humano tido como fim legítimo e deveria restringir da menor forma possível os outros direitos humanos envolvidos. Em outras palavras, a restrição deveria ser proporcional.

No âmbito penal, o princípio da proporcionalidade está diretamente relacionado com outros princípios como os princípios da lesividade e da fragmentariedade.

A respeito do princípio da lesividade, Eugenio Raul Zaffaroni e outros ensinam que este é o princípio “segundo o qual nenhum direito pode legitimar uma intervenção pública quando não medeie, pelo menos, um conflito jurídico, entendido como a afetação de um bem jurídico total ou parcialmente alheio, individual ou coletivo”²²⁸.

Segundo os autores, o programa liberal de limitação do poder punitivo do Estado desde a sua gênese assentou-se sobre a questão da lesividade. A título exemplificativo, citam a seguinte passagem do livro “*Los limites de la acción del estado*” escrito em 1792 por Wilhelm Von Humboldt:

“(...) o estado, para garantir a segurança dos cidadãos, deve proibir ou restringir todas aquelas ações que se referem de maneira imediata só a quem as realiza, das quais se derive uma lesão aos direitos dos outros, isto é, que atingem sua liberdade ou sua propriedade sem seu consentimento ou contra ele, ou das que haja que temê-las provavelmente; probabilidade na qual haverá que tomar em consideração a dimensão do dano que se quer causar e a importância da limitação da liberdade produzida por uma lei proibitiva. Qualquer restrição da liberdade privada que for mais além ou que se imponha por outros motivos diferentes sai dos limites da ação do estado”²²⁹.

Desse excerto, extrai-se que ao se analisar a questão da criminalização de uma conduta, a partir da ótica do princípio da lesividade, deve-se levar em

²²⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* *Direito penal brasileiro*: primeiro volume, p. 226.

²²⁹ VON HUMBOLDT, Wilhelm *apud* ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* *Op. cit.*, p. 229.

consideração “a dimensão do dano que se quer causar” através da opção pela via penal e “a importância da limitação da liberdade produzida por uma lei proibitiva”. Ora, foram exatamente esses os critérios adotados pelos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos.

Há de se ressaltar que enquanto Zaffaroni *et al* usam a nomenclatura de princípio da lesividade para nomear essa análise de proporcionalidade, existem autores que consideram o princípio da proporcionalidade como um princípio apartado do da lesividade, exemplo disso é a doutrina de Claus Roxin²³⁰.

Paulo César Busato, a seu turno, trata da temática através do princípio da fragmentariedade do direito penal. Busato, partindo das lições de Francisco Muñoz Conde, explica que o caráter fragmentário do direito penal aparece em uma “tripla forma”, uma vez que o princípio poderia ao mesmo tempo implicar: a) a defesa do bem jurídico somente contra ataques graves; b) a tipificação de apenas parcela do conteúdo que em outros ramos é tido como antijurídico; e c) a não-criminalização de ações tidas como meramente imorais²³¹.

Ainda a respeito do princípio da fragmentariedade, o autor afirma que os limites por ele impostos “fazem com que pouco a pouco se vão retirando do meio legislativo tipos penais cuja identificação à ofensa de tal bem jurídico não se respalda em um consenso social sobre sua imprescindibilidade”²³².

Assim, muito embora os argumentos utilizados pelos mecanismos regionais de direitos humanos sejam advindos do direito internacional dos direitos humanos, observa-se que estes se relacionam diretamente com os princípios informadores do direito penal e demonstram exemplarmente como os direitos humanos podem servir como “boa consciência” a este direito odioso.

Por outro lado, quanto à função “espada” do discurso do direito internacional dos direitos humanos, a argumentação apresentada utiliza o inverso do princípio da proporcionalidade apresentado acima. Se por um lado o princípio da proporcionalidade traz consigo a vedação do excesso de proibição, por outro lado também é dele deduzida a proibição da proteção deficiente (também chamada de proibição de proteção insuficiente).

²³⁰ DO ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*, p. 26-27.

²³¹ BUSATO, Paulo César. *Fundamentos do direito penal brasileiro*, p. 282.

²³² *Ibidem*.

Ingo Wolfgang Sarlet apresenta em maiores detalhes este caráter dúplice do princípio da proporcionalidade. O autor explica que, a partir do momento em que se reconhece uma dimensão negativa e positiva dos direitos fundamentais e a atuação dos direitos fundamentais como *deveres de proteção* e *imperativos de tutela*, ao Estado é demandada uma atuação positiva no sentido de prevenir e reprimir violações aos direitos fundamentais, mesmo quando essas violações forem ocasionadas por particulares²³³.

Sarlet rememora que o Estado, no desempenho de seus deveres de proteção, “corre o risco de afetar de modo desproporcional outro(s) direito(s) fundamental(is), inclusive o(s) direito(s) de quem esteja sendo acusado de violar direitos fundamentais de terceiro”²³⁴. Tendo como base esta premissa, o princípio da proporcionalidade é aplicado nestas situações como “critério de controle de constitucionalidade das medidas restritivas de direitos fundamentais – atuantes, nesta perspectiva, como direitos de defesa”²³⁵. Aqui o princípio da proporcionalidade advoga a proibição de excesso, atuando como contenção às limitações dos direitos fundamentais.

O lado inverso deste princípio e o seu uso – a vedação da proteção deficiente/insuficiente – é perceptível em situações em que o Estado frustra “seus deveres de proteção atuando de modo insuficiente, isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos ou mesmo deixando de atuar”²³⁶.

Transpondo o pensamento do autor sobre o direito constitucional brasileiro para o direito internacional dos direitos humanos tem-se que o princípio da proporcionalidade pode ser usado na sua dimensão de proibição de proteção deficiente/insuficiente para invocar a criminalização de novas condutas humanas. Se tal medida é de fato apropriada à finalidade que almeja é outra questão.

Como foi discutido neste capítulo, os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos sustentaram que o Estado deveria, através da tipificação de determinadas condutas, garantir proteção a determinados direitos por força da existência de obrigações positivas extraídas da CEDH e da CADH.

Muito embora não tenha sido utilizada em nenhum momento nas decisões discutidas a expressão “proibição da proteção deficiente”, verifica-se que o raciocínio

²³³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 396-397.

²³⁴ *Idem*, p. 397.

²³⁵ *Ibidem*.

²³⁶ *Ibidem*.

por trás desta concepção teórica foi adotado por ambas as Cortes Internacionais de Direitos Humanos.

O elemento comum a todos os casos debatidos neste capítulo foi o reconhecimento de uma obrigação positiva dos Estados de tipificarem de forma autônoma os delitos de desaparecimento forçado e redução a trabalhos forçados, escravidão e servidão.

Dentro do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos, a fim de se justificar a criminalização autônoma do crime de desaparecimento forçado, a CtIDH argumentou que não seria suficiente que o Estado tipificasse outros delitos como a tortura, sequestro, homicídio, etc., tendo em vista que os desaparecimentos forçados são um fenômeno distinto, caracterizado pelas constantes e múltiplas violações a uma gama variada de direitos humanos. Defendeu a CtIDH que a tipificação autônoma desta prática é necessária para o fim de erradicar tal tipo de violência na América Latina. Conclui-se, a partir disso, que os dois principais argumentos foram a gravidade da lesão impingida ao direito protegido e o efeito dissuasivo do direito penal.

Da mesma forma, no Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos foram proferidas duas justificativas à necessidade de se tipificar autonomamente a conduta de submeter alguém a trabalho escravo ou forçado. A CtEDH ressaltou que crianças e outro grupos de indivíduos em situação de vulnerabilidade deveriam ser protegidos pelo Estado através de meios que promovam a dissuasão das práticas violatórias de direitos humanos. O segundo fundamento externalizado foi o fato de atualmente serem exigidos progressivamente parâmetros maiores de proteção aos direitos humanos e de que o direito penal se mostraria o meio mais adequado à proteção dos valores fundamentais das sociedades democráticas. Novamente, é possível vislumbrar que os argumentos centrais foram a gravidade das violações impostas ao direito humano protegido e o aludido efeito dissuasivo do direito penal.

Tendo em vista que estas duas questões ensejaram o reconhecimento pelos sistemas regionais de proteção dos direitos humanos da obrigação positiva dos Estados de criminalizarem condutas, será na sequência feito alguns comentários a respeito delas.

Em primeiro lugar se analisará o argumento da gravidade das violações e da necessidade de maior proteção ao direito humano em questão. Desde logo, frisa-se que essa discussão não é externa ao direito penal. Uma das principais teorias

jurídico-penais diz respeito a construção da teoria do direito penal como *ultima ratio*. Sendo o direito penal o meio jurídico mais repressivo e que implicaria uma maior restrição de direitos fundamentais, este meio deveria ser reservado à proteção dos bens jurídicos mais fundamentais da sociedade e às lesões efetivas e significativas a estes direitos. Dentro desta concepção, a noção de bem jurídico vai se tornar primordial.

A ficção jurídica criada em torno da figura do bem jurídico é resumida por Rui Carlo Dissenha como

“(...) o reconhecimento de que determinado ente, ou bem, ou valor, é importante para o desenvolvimento do homem em uma época em específico. O Estado, assim, estabelece um juízo positivo de valor sobre determinado elemento essencial ao desenvolvimento do homem e a proteção da sua dignidade, capturando essa idéia (cria a norma) e materializando-a em um tipo penal (estabelece a lei)”²³⁷.

Dissenha ressalta, ainda, que nem todos os bens jurídicos vão merecer a tutela penal, uma vez que isso iria frontalmente contra os princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade do direito penal. Quanto ao último, apenas se esclarece que trata-se do princípio de que só deve ser concedida uma tutela penal ao bem jurídico quando a tutela através de outros ramos do direito se mostrar insuficiente e/ou ineficiente.

É importante remarcar aqui o papel que esses princípios têm no desenvolvimento da obrigação de criminalização de condutas. A princípio, quando se discorre sobre eles, mas também a respeito dos já mencionados princípios da lesividade e da proporcionalidade, o que se busca ressaltar é que o direito penal só deve ser aplicado quando se tratar de uma violação grave a um dos bens jurídicos mais fundamentais. A pretensão inicial é, portanto, fundamentar uma contração do direito penal a partir destes princípios.

Contudo, ao se afirmar que o direito penal deve restringir a sua incidência a determinadas circunstâncias, o que se reafirma é que existem bens jurídicos que merecem uma tutela penal. Como bem aponta Dissenha, a noção de bem jurídico “dá base à materialidade de um delito: porque existe a idéia de um bem que merece

²³⁷ DISSENHA, Rui Carlo. *Mandados constitucionais de criminalização: uma análise da questão sob a ótica do Direito penal nacional*, p. 323.

proteção é que se entende adequada a resposta penal ao sujeito que, de alguma forma, provoca danos ou risco de danos a tais bens preciosos à sociedade”²³⁸.

Tem-se, então, que essa noção de bem jurídico e da necessidade de sua proteção através da via penal acaba por legitimar o direito penal. E toda legitimação do direito penal é perigosa, uma vez que, conforme sustenta Salo de Carvalho, “quando se opera com o poder punitivo, ou seja, com violações organizadas dirigidas contra pessoas e coletivos vulneráveis, fundamental ter presente a alta capacidade de mutação do discurso e das práticas (reversibilidade)”²³⁹.

Zaffaroni *et al* alertam sobre os perigos da concepção circundante à noção de tutela penal de um bem jurídico. Para os autores,

“a ideia de *bem jurídico tutelado digere e neutraliza o efeito limitador da ideia de bem jurídico lesionado ou exposto a perigo*; devido a essa alquimia, o princípio de que todo delito pressupõe lesão ou perigo de um bem jurídico deságua no princípio de que todo bem jurídico demanda uma tutela, o que instiga à criminalização sem lacunas”²⁴⁰.

O perigo, portanto, é o de que a aceitação da premissa de que o direito penal tutela os bens jurídicos de maior prestígio possa legitimar uma expansão indevida do direito penal, direito este que dada a realidade de sua aplicação tende a violar vários direitos humanos.

Se a preocupação é que a adoção da noção de bem jurídico possa levar a um incremento da esfera de atuação do poder punitivo, dentro dos Sistemas Interamericano e Europeu de Direitos Humanos não tem sido observado até o momento esta deturpação no que tange aos mandamentos de criminalização de condutas. Menciona-se que as decisões destes sistemas em matéria penal mais controversas versam sobre a questão das penas e das garantias processuais e, por isso, são alvo de críticas contundentes no sentido de que promoveriam uma indevida expansão do poder punitivo.

O movimento de criminalização de algumas condutas conduzido por estes mecanismos regionais de proteção dos direitos humanos, no entanto, passa quase incólume face a este criticismo. Isto porque verifica-se que as práticas que estes sistemas regionais de proteção dos direitos humanos advogam que sejam tipificadas

²³⁸ DISSENHA, Rui Carlo. *Mandados constitucionais de criminalização: uma análise da questão sob a ótica do Direito penal nacional*, p. 324.

²³⁹ CARVALHO, Salo de. *Op. cit.*, p. 211.

²⁴⁰ ZAFFARONI, Eugénio Raúl. *Op. cit.*, p. 227.

normalmente são condutas extremamente graves e em torno das quais existe um certo consenso sobre a necessidade de incidência do direito penal.

Seria no mínimo improvável qualquer questionamento a respeito da gravidade e do caráter deplorável da submissão de pessoas à prestação de trabalhos forçados e da prática dos desaparecimentos forçados. Partindo do pressuposto de que o direito penal atua de modo a proteger os bens jurídicos mais importantes da sociedade contra violações graves faz muito sentido estas condutas serem criminalizadas.

Ademais, é importante consignar que os Sistemas Interamericano e Europeu de Proteção dos Direitos Humanos já decidiram que nem todas as violações graves de direitos humanos devem ser criminalizadas.

No *Caso Albán Cornejo et al vs. Equador*, por exemplo, a CtIDH decidiu que não era necessária a criação de um tipo penal específico para a criminalização da conduta de negligência médica. Isto porque tal conduta poderia ser abarcada pelos tipos penais de lesão corporal e homicídio e, através deles, seria possível a aferição da responsabilidade penal do responsável pela violação²⁴¹. Raquel da Cruz Lima resumiu bem o posicionamento da Corte ao afirmar que esta “considerou que, ainda que a elaboração de normas penais seja importante para prevenir e sancionar a violação de direitos, no caso da má prática médica o próprio Estado deveria decidir a melhor forma de regulamentar a punição”²⁴².

Da mesma forma, a CtEDH quando confrontada com a questão da necessidade da criação de um tipo penal específico relativo à negligência médica entendeu que a criminalização não era indispensável. Quando do julgamento do *Caso Calvelli Ciglio vs. Itália*, a Corte de Estrasburgo sustentou que, nos casos em que a violação ao direito à vida ou à integridade pessoal não é causada intencionalmente, a obrigação positiva derivada do artigo 2º da CEDH de proteção do direito é satisfeita se o ordenamento jurídico nacional permite a busca por uma reparação de ordem civil face ao dano causado, acompanhada ou não da possibilidade de responsabilização criminal²⁴³. O mesmo entendimento foi reprisado no julgamento do *Caso Vo vs. França*.

²⁴¹ CtIDH. *Caso Albán Cornejo et al vs. Equador*, § 136.

²⁴² LIMA, Raquel da Cruz. *O direito penal dos direitos humanos...*, p. 75.

²⁴³ CtEDH. *Caso Calvelli Ciglio vs. Itália*, § 51.

Diante disso, é possível afirmar que dentro dos Sistemas Europeu e Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos a obrigação de criminalizar condutas não vem sendo usada de forma leviana. Contudo, deve-se sempre se manter uma postura crítica face ao recurso a voz penal, uma vez que nada impede que a obrigação de criminalizar condutas seja usada progressivamente para se tipificar condutas sociais que não são consideradas tão gravosas, tudo em nome dos direitos humanos.

Depreende-se das decisões analisadas que um segundo argumento que fundamentou a imposição do dever de criminalizar as condutas de desaparecimentos forçados e de redução à condição análoga a de escravo e a imposição de trabalhos forçados foi o suposto efeito dissuasivo do direito penal.

Em primeiro lugar, cumpre remarcar que ao longo das decisões citadas neste capítulo em nenhum momento as Cortes Internacionais de Direitos Humanos citaram algum estudo que corroborasse a afirmação de que a mera criminalização de algumas condutas teria por efeito diminuir a sua ocorrência no seio social.

Em verdade, dentro do âmbito de estudo do sistema penal e criminologia tem sido cada vez mais demonstrado que não existe uma relação direta entre a criminalização de determinadas condutas e a redução das taxas de criminalidade. A este respeito, Raquel da Cruz Lima é precisa ao afirmar que

“(...) argumentar que os direitos humanos exigem normas penais em virtude do efeito dissuasório daquelas carece de fundamentação: a pena dificilmente pode ser vista como um instrumento eficaz para a efetivação dos direitos humanos porque sua aptidão para prevenir a violação de bens jurídicos ainda não conseguiu ser provada”²⁴⁴.

Acerca dessa ausência de relação entre a tipificação de uma prática e a diminuição dos índices de seu cometimento, cita-se a título ilustrativo um dado trazido no Mapa da Violência de 2015 sobre Homicídios de Mulheres no Brasil. Segundo tal pesquisa, no período entre os anos 2003 e 2013, o número de mulheres brancas assassinadas caiu cerca de 10%, enquanto o número de mulheres negras aumentou em 54,2% dentro deste mesmo período²⁴⁵.

Não se está a dizer que a criminalização não tem nenhum impacto nas taxas de criminalidade. O que se está tentando demonstrar é que não se pode absolutizar

²⁴⁴ LIMA, Raquel da Cruz. *A emergência da responsabilidade criminal...*, s.p.

²⁴⁵ WASELFSZ, Julio Jacobo. *Mapa da violência 2015: homicídio de mulheres no Brasil*, p. 30.

o direito penal como meio máximo de proteção dos direitos humanos usando como justificativa o seu efeito dissuasivo, uma vez que além deste efeito não ter sido devidamente comprovado, sua esfera de alcance não é distribuída de forma equânime dentro dos diferentes estratos sociais, deixando a desejar especialmente em relação às pessoas em situação de maior vulnerabilidade social.

O problema de se adotar este argumento é que ele elege o direito penal como a via a ser escolhida para resolver os problemas sociais quando na verdade a criminalidade está ligada a diversos fatores e, por isso, existem outros meios de combatê-la. Ao se focar no direito penal, está se priorizando um instrumento que geralmente só atua após a violação de direitos humanos já ter ocorrido. A adoção da escolha penal acaba por sufocar o debate a respeito de outras medidas que deveriam ser tomadas como, por exemplo, políticas públicas²⁴⁶.

Feitas estas considerações, é possível identificar através do panorama apresentado que a relação paradoxal estabelecida entre o direito penal e o discurso dos direitos humanos estava presente desde a criação moderna destes direitos, uma vez que desde o princípio o discurso dos direitos humanos exercia a função de indicação dos possíveis objetos de tutela penal (seleção dos bens jurídicos que mereciam proteção penal).

A virada punitivista do discurso do direito internacional dos direitos humanos seria apenas a intensificação contemporânea deste paradoxo. Intensificação porque a problemática deixou de ter dimensão apenas nacional para ter implicações no cenário internacional. Como visto, as decisões exaradas pelos sistemas regionais de direitos humanos impactam diretamente os ordenamentos jurídicos nacionais, razão pela qual devem ser estudadas com cada vez mais frequência as relações estabelecidas entre o sistema penal e o discurso do direito internacional dos direitos humanos.

Demonstrou-se, igualmente, que os Sistemas Europeu e Interamericano de Proteção de Direitos Humanos não advogam apenas em favor de uma expansão do

²⁴⁶ Uma crítica de tal ordem é feita por Clara Maria Roman Borges e Guilherme Brenner Lucchesi à política criminal brasileira relativa à violência de gênero. No artigo intitulado “*O machismo no banco dos réus: uma análise feminista crítica da política criminal brasileira de combate à violência contra a mulher*”, os autores discorrem sobre como a redução da questão do combate à violência doméstica ao campo do direito criminal não impede que novas violações dos direitos das mulheres ocorram, uma vez que teria que ser alterada a cultura que leva a perpetração de tais delitos e o direito penal não seria o meio mais hábil para tanto.

direito penal, mas também têm utilizado este discurso como argumento para a redução do âmbito de incidência do direito penal.

Assim, face a esta paradoxal relação, a única resposta possível é que o direito internacional dos direitos humanos é ao mesmo tempo a “boa” e a “má consciência” do direito penal, servindo progressivamente como fundamento de legitimação do direito penal.

5. CONCLUSÃO

Antoine Garapon sustenta que contemporaneamente “os direitos do homem já não são apenas o baluarte contra a arbitrariedade, passando a ser também um princípio de leitura da realidade”²⁴⁷. Na mesma linha, François Ost comenta que os direitos fundamentais informam atualmente o sistema jurídico inteiro, uma vez que existe um maior consenso em relação a seus valores.

Segundo Ost, a partir do momento em que uma noção jurídica tende a se impor com naturalidade, reorientando conceitos, soluções e procedimentos, a mentalidade crítica deve permanecer em alerta e a vigilância se faz necessária²⁴⁸.

O presente trabalho teve o intuito justamente de apresentar de uma forma crítica as relações estabelecidas entre o direito penal e o discurso dos direitos humanos, em especial o discurso do direito internacional dos direitos humanos.

O primeiro capítulo cuidou de introduzir a discussão sobre como o discurso dos direitos humanos, tradicionalmente usado para demandar uma contração do poder punitivo, foi cooptado por uma agenda punitivista e hoje serve de fundamento para uma expansão da incidência do controle penal.

Buscou-se demonstrar nesta parte do trabalho como essa relação paradoxal se desdobrava em três planos: no plano normativo/incriminador; no plano sancionador; e no plano processual penal. Tal análise foi necessária para a contextualização da relação estabelecida entre o direito penal e o discurso do direito internacional dos direitos humanos no que tange à criminalização e descriminalização de condutas. Foi explicado como, o direito internacional dos direitos humanos serve contemporaneamente para fundamentar tanto a descriminalização de algumas condutas quanto a criação de novos tipos penais.

A fim de tentar entender em que termos este duplo uso do direito internacional dos direitos humanos acontecia, optou-se por estudar os Sistemas Europeu e Interamericano de Direitos Humanos e os posicionamentos por eles defendidos em relação a esta temática.

No segundo capítulo foi explorado como estes sistemas regionais de proteção de direitos humanos tentam tornar razoável a razão de Estado, isto é,

²⁴⁷ GARAPON, Antoine. *Crimes que não se podem punir nem perdoar*: para uma justiça internacional, p. 56.

²⁴⁸ OST, François. *Op. cit.*, p. 7.

conter o arbítrio e o excesso do poder de punir do Estado. Para tanto, destacou-se os casos em que estes sistemas defenderam a descriminalização de algumas condutas.

Quanto ao Sistema Europeu de Direitos Humanos, foram explorados os casos que envolveram a discussão a respeito da necessidade de descriminalização da homossexualidade masculina e apresentado as consequências que as decisões da CtEDH acerca do tema tiveram nos ordenamentos jurídicos europeus.

Em relação ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos, foi retratada a discussão acerca da convencionalidade do delito de desacato, destacando-se tanto o posicionamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos quanto o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, bem como foi mencionado como este posicionamento influenciou na alteração legislativa de diversos ordenamentos jurídicos latino-americanos.

Analisando-se os argumentos levantados por ambos sistemas, chegou-se à constatação que o fundamento maior que levava à defesa da descriminalização destas condutas era a ausência de proporcionalidade entre a restrição imposta pelo direito penal e o fim que se buscava atingir com a criminalização das condutas.

No terceiro capítulo, explicou-se como o desenvolvimento da teoria das obrigações positivas levou à criação de um dever de criminalizar condutas dentro do âmbito dos Sistemas Interamericano e Europeu de Direitos Humanos. Com a finalidade de ilustrar o modo como esse dever vem sendo trabalhado por estas jurisdições internacionais, foi feita a escolha de trazer a lume os fundamentos expedidos por elas com o intuito de justificar a necessidade da criminalização da prática de desaparecimentos forçados (Sistema Interamericano) e da conduta de submeter alguém à prática de trabalhos forçados (Sistema Europeu).

Depreendeu-se, a partir de uma análise detida, que os argumentos centrais em favor da criminalização destas condutas foram a gravidade das violações perpetradas contra o direito humano protegido e o aludido efeito dissuasivo do direito penal. Na sequência, foram feitos alguns comentários críticos a essas justificativas, ressaltando como elas poderiam implicar um aumento indevido da esfera de incidência do poder punitivo.

Tendo por base o exposto ao longo destes três capítulos, foi possível chegar a algumas conclusões. A primeira delas seria a de que a relação paradoxal estabelecida entre o direito penal e o discurso dos direitos humanos estava presente

desde a criação moderna e contemporânea destes direitos, já que os direitos humanos desde o princípio foram utilizados para identificar quais bens jurídicos deveriam estar sujeitos a uma tutela penal, muito antes da sua consolidação enquanto ramo do direito internacional público.

Como decorrência lógica, a virada punitivista do discurso dos direitos humanos seria apenas uma intensificação contemporânea deste paradoxo. Intensificação porque os ordenamentos jurídicos nacionais se veem cada vez mais pressionados a se conformar aos entendimentos defendidos pelos mecanismos regionais de proteção de direitos humanos.

Outra constatação importante foi a de que os Sistemas Europeu e Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos têm se posicionado de forma bivalente em relação à temática: a favor de uma expansão do direito penal em determinados casos e a favor da redução do âmbito de incidência do direito penal em outros.

Partindo-se das premissas aqui aludidas, chegou-se à conclusão final de que a única resposta possível ao paradoxo debatido é a de que o direito internacional dos direitos humanos é ao mesmo tempo a “boa” e a “má consciência” do direito penal, servindo progressivamente de fundamento de legitimação do direito penal.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AKANDJI-KOMBE, Jean-François. *Les obligations positives em vertu de la Convention européenne des Droits de l'Homme: un guide pour la mise en oeuvre de la Convention européenne des Droits de l'Homme*. Estrasburgo: Conselho da Europa, 2006.

AMATRUDO, Anthony; BLAKE, Leslie William. *Human rights and the criminal justice system*. New York: Routledge, 2015.

BORGES, Clara Maria Roman; LUCCHESI, Guilherme Brenner. O machismo no banco dos réus: uma análise feminista crítica da política criminal brasileira de combate à violência contra a mulher. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*. Curitiba: UFPR, n. 60, n. 3, p. 217-247, 2015.

BUSATO, Paulo César. *Fundamentos do direito penal brasileiro*. Curitiba: Edição do autor, 2012.

CARTUYVELS, Yves. *Droit penal et droits de l'homme: un retournement?* In: CARTUYVELS, Yves; DUMONT, Hugues; OST, François; VAN DE KERCHOVE, Michel; VAN DROOGHENBROECK, Sébastien (Dir.). *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal?* Bruxelles: Facultés Universitaires Saint-Louis, 2007.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de criminologia*. 6 ed. rev. e amp. São Paulo: Saraiva, 2015.

CIDH. *Informe anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos 1994*. OEA/Ser.L/V/II.88, doc. n. 9, 17 de fev. de 1995.

_____. *Informe de la relatoría para la libertad de expresión 2005*. OEA/Ser.L/II.124, doc. n. 7, 27 de fev. de 2006.

_____. *Informe de la relatoría para la libertad de expresión 2006*. OEA/Ser.L/V/II.127, doc. n. 9, rev. 1, 03 de mar. de 2007.

_____. *Informe de la relatoría especial para la libertad de expresión 2013*. OEA/Ser.L/V/II.149, doc. n. 50, 31 de dez. 2013.

COHEN, Stanley. Human rights and crime of the State: the culture of denial. *Australian and New Zealand Journal of Criminology*. Melbourne: Sage, v. 26, p. 97-115, 1993.

CtEDH. *Caso A.D.T. vs. Reino Unido*. No. 35765/97. Sentença de 31 de jul. 2000.

_____. *Caso Airey vs. Irlanda*. No. 6289/73. Sentença de 9 de out. de 1979.

_____. *Caso Calvelli e Ciglio vs. Itália*. No. 32967/96. Sentença de 17 de jan. de 2002.

_____. *Caso C.N. e V. vs. França*. No. 67724/09. Sentença de 11 de out. de 2013.

_____. *Caso C.N. vs. Reino Unido*. No. 4239/08. Sentença de 13 de nov. 2012.

_____. *Caso Cumpănă e Mazăre vs. Romênia*. No. 33348/96. Sentença de 17 de dez. 2004.

_____. *Caso Dudgeon vs. Reino Unido*. No. 7525/76. Sentença de 22 de out. de 1981.

_____. *Caso Du Roy e Malaurie vs. França*. No. 34000/96. Sentença de 03 de out. de 2000.

_____. *Caso Marckx vs. Bélgica*. No. 6833/74. Sentença de 13 de jun. de 1979.

_____. *Caso Modinos vs. Cyprus*. No. 15070/89. Sentença de 22 de abr. de 1993.

_____. *Caso Norris vs. Irlanda*. No. 10581/83. Sentença de 26 de out. de 1988.

_____. *Caso Siliadin vs. França*. No 73316/01. Sentença de 26 de jul. de 2005.

_____. *Caso Soering vs. Reino Unido*. No. 14038/88. Sentença de 07 de jul. de 1989.

_____. *Caso Valico S.r.l. vs. Itália*. No. 70074/01. Sentença de 21 de mar. de 2006.

_____. *Caso Vo vs. França*. No. 53924. Sentença de 26 de nov. de 2003.

_____. *Caso X e Y vs. Holanda*. No. 8978/80. Sentença de 26 de mar. 1985.

CtIDH. *Caso Albán Cornejo et al vs. Equador*. Mérito, reparações e custas. Sentença de 22 de nov. de 2007.

_____. *Caso Anzualdo Castro vs. Peru*. Exceção preliminar, mérito, reparações e custas. Sentença de 22 de set. de 2009. Série C No. 202.

_____. *Caso Blanco Romero et al vs. Venezuela*. Sentença de 28 de nov. de 2005. Série C No. 138.

_____. *Caso Caesar vs. Trinidad e Tobago*. Mérito, reparações e custas. Sentença de 11 de mar. de 2005. Série C No. 123.

_____. *Caso Contreras et al vs. El Salvador*. Mérito, reparações e custas. Sentença de 31 de ago. de 2011. Série C No. 232.

_____. *Caso Fairén Garbi e Solís Corrales vs. Honduras*. Mérito. Sentença de 15 de mar. de 1989.

_____. *Caso Godínez Cruz vs. Honduras*. Mérito. Sentença de 20 de jan. de 1989.

_____. *Caso Gomes Lund et al ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 24 de nov. de 2010. Série C No. 219.

_____. *Caso Gómez Palomino vs. Peru*. Mérito, reparações e custas. Sentença de 22 de nov. de 2005. Series C No. 136.

_____. *Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 12 de ago. de 2008. Série C No. 186.

_____. *Caso Irmãos Gómez Paquiyauri vs. Peru*. Mérito, reparações e custas. Sentença de 08 de jul. de 2004. Série C No. 110.

_____. *Caso Kimel vs. Argentina*. Mérito, reparações e custas. Sentença de 02 de maio de 2008. Série C No. 177.

_____. *Caso Palamara Iribarne vs. Chile*. Mérito, reparações e custas. Sentença de 22 de nov. de 2005. Série C No. 135.

_____. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 23 de nov. de 2009. Série C No. 209.

_____. *Caso Ricardo Canese vs. Paraguai*. Mérito, reparações e custas. Sentença de 31 de ago. de 2004. Série C No. 111.

_____. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Mérito. Sentença de 29 de jul. de 1988. Série C No. 4.

DAOUD, Emmanuel; AKORRI, Safya. La criminalisation, en France, des pratiques esclavagistes ou comment universaliser l'obligation des employeurs à respecter des conditions de travail compatibles avec la dignité. *Le Lamy Droit Pénal des Affaires*. Paris: Wolters Kluwer, n. 132, p. 1-9, 2013.

DELMAS-MARTY, Mireille. *A imprecisão do direito: do código penal aos direitos humanos*. Barueri: Manole, 2005.

_____. *Direito Penal do Inumano*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

DOS SANTOS, Juarez Cirino. *Direito penal - parte geral*. 4 ed. rev. e atual. Florianópolis: Conselho Editorial, 2010.

DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

DUMONT, Hugues; HACHEZ, Isabelle. *Les obligations positives déduites du droit international des droits de l'homme: dans quelles limites?* In: CARTUYVELS, Yves; DUMONT, Hugues; OST, François; VAN DE KERCHOVE, Michel; VAN DROOGHENBROECK, Sébastien (Dirs.). *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal?* Bruxelles: Facultés Universitaires Saint-Louis, 2007.

ENGLE, Karen. Anti-impunity and the turn to criminal law in human rights. *Cornell Law Review*. Ithaca: Cornell Law School, v. 100, p. 1069-1128, 2015.

GARAPON, Antoine. *Crimes que não se podem punir nem perdoar: para uma justiça internacional*. Lisboa: Instituto Piaget, 2002.

GARAPON, Antoine; SALAS, Denis. *La république pénalisée*. Paris : Hachette, 1996.

GARCIA, Margarida. *Le rapport paradoxal entre les droits de la personne et le droit criminel: les théories de la peine comme obstacles cognitifs à l'innovation*. Montréal, 2010, 435 f. Tese (Doutorado em Sociologia) – Pós-Graduação em Sociologia da Université du Québec à Montréal.

HELPER, Laurence R; VOETEN, Erik. *International Courts as Agents of Legal Change: Evidence from LGBT Rights in Europe*. Nova York: Cambridge University Press, v. 68, n. 1, p. 177-110, 2014.

HUNEEUS, Alexandra. International criminal law by other means: the quasi-criminal jurisdiction of the human rights courts. *American Journal of International Law*. Nova York: Cambridge University Press, v. 107, n. 1, p. 1-44, 2013.

JORDAN, Pamela A. Russia's accession to the Council of Europe and Compliance with European Human Rights. *Demokratizatsiya*. Washington: George Washington University, v. 11, n. 11, p. 281-296, 2003.

KARAM, Maria Lúcia. A esquerda punitiva. *Discursos Sediciosos*. Rio de Janeiro: Relume Dumará, n. 1, p. 79-92, 1996.

LAZARUS, Liona. *Positive obligations and criminal justice: duties to protect or coerce?* In: ROBERTS, Julian; ZEDNER, Lucia (Eds.). *Principled approaches to criminal law and criminal justice: essays in honour of professor Andrew Ashworth*. Oxford: Oxford University, 2012.

LIMA, Raquel da Cruz. A emergência da responsabilidade criminal individual no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*. São Paulo: Lua Nova, n. 86, p. 187-219, 2012.

_____. *O direito penal dos direitos humanos: paradoxos no discurso punitivo da Corte Interamericana de Direitos Humanos*. São Paulo, 2014, 165 f. Dissertação

(Mestrado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Universidade Estadual de São Paulo.

MARTIN-CHENUT, Kathia. A valorização das obrigações positivas de natureza penal na jurisprudência da CIDH: o exemplo das graves violações de direitos humanos cometidas durante as ditaduras dos países do Cone-Sul. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Thomson Reuters, n. 103, p. 97-127, 2013.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O sistema regional europeu de proteção dos direitos humanos. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais*. Curitiba: Unibrasil, v. 2, n. 13, p. 32-58, 2010.

MCLOUGHLIN, Michael. Crystal or Glass?: a review of *Dudgeon v. United Kingdom* on the fifteenth anniversary of the decision. *Murdoch University Electronic Journal of Law*. v. 3, n. 4, 1996. Disponível em: <<http://www.austlii.edu.au/au/journals/MurUEJL/1996/36.html>>. Acesso em: 07 fev. 2017.

MODINOS, Alexander F. A história da alteração legislativa cipriota. *Euro-letter*. Copenhagen: ILGA-Europa, n. 81, 2000.

NHUCH, Flavia Kamenetz. *Liberdade de expressão e crimes contra a honra nos países da OEA*. Disponível em: <http://www.puc-rio.br/pibic/relatorio_resumo2013/resumos_pdf/ccs/DIR/JUR-2594_Flavia%20Kamenetz%20Nhuch.pdf>. Acesso em: 02 de novembro de 2014.

NOVAES, Regina Reyes; LIMA, Roberto Kant de (Orgs.). *Antropologia e direitos humanos*. Niterói: EdUFF, 2001.

OLIVEIRA, Andrea Vaz; OLIVEIRA, Steevan Tadeu de Soares de. Abolitio criminis do desacato: um olhar sobre a relação entre autoridade pública e o particular na América Latina. *Revista do Centro Acadêmico Afonso Pena*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, n. 2, p. 15-35, 2010.

OST, François. *Quand l'enfer se pave de bonnes intentions...* a propos de la relation ambivalente du droit pénal et des droits de l'homme. In: CARTUYVELS, Yves; DUMONT, Hugues; OST, François; VAN DE KERCHOVE, Michel; VAN DROOGHENBROECK, Sébastien (Dir.). *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal?* Bruxelles: Facultés Universitaires Saint-Louis, 2007.

PASTOR, Daniel R. *La deriva neopunitivista de organismos y activistas como causa del desprestigio actual de los derechos humanos*. Juras Gentium. 2006. Disponível em: <<http://www.juragentium.org/topics/latina/es/pastor.htm>>. Acesso em: 05 fev. 2017.

PAVAGEAU, Stéphanie. Les obligations positives dans les jurisprudences des cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme. *Revista Colombiana de Derecho internacional*. Bogotá : Pontificia Universidad Javeriana, v. 3, n. 6, p. 201-246, 2005.

PEROČEVIĆ, Katarina. The multidimensional European system of human rights protection. *Journal for International and European Law, Economics and Market Integrations*. Zagreb: Faculty of Economics & Business, University of Zagreb, v. 2, n. 2, p. 1-18, 2015.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e justiça internacional*. 5 ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. Ebook.

_____. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14^a ed. rev. e amp. São Paulo: Saraiva, 2013.

PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos Estudos*. São Paulo: CEBRAP, n. 68, p. 39-60, 2004.

PIRES, Álvaro; GARCIA, Margarida. Les relations entre les systèmes d'idées: droits de la personne et théories de la peine face à la peine de mort. In: CARTUYVELS, Yves; DUMONT, Hugues; OST, François; VAN DE KERCHOVE, Michel; VAN DROOGHENBROECK, Sébastien (Dir.). *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal?* Bruxelles: Facultés Universitaires Saint-Louis, 2007.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. 4^a ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

ROJAS, Claudio Nash. *Las relaciones entre el derecho de la vida privada y el derecho a la libertad de información en la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos*. Disponível em: <http://www.cecoch.cl/htm/revista/docs/estudiosconst/revistaano_6_1.htm/Lasrelaciones08.pdf>. Acesso em: 19 de out. de 2013.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. 2^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. rev., atual. e amp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

SCHABAS, William. *Droit pénal international et droit international des droits de l'homme: faux frères?* In: HENZELIN, Marc ; ROTH, Robert. *Le droit à l'épreuve de l'internationalisation*. Paris, Bruxelles: L.G.D.J., Bruylant, 2002.

TAVARES, Amarilis Busch. O desaparecimento forçado como uma prática sistemática de Estado nas ditaduras na América Latina: uma abordagem crítica sobre o papel do sistema interamericano de direitos humanos. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*. Brasília: Ministério da Justiça, n. 4, p. 290-316, 2009.

TULKENS, Françoise; VAN DE KERCHOVE, Michel. *Criminal law and human rights: a paradoxical relationship*. In: BODY-GENDROT, Sophie; HOUGH, Mike; KEREZSI, Klára; LÉVY, René; SNACKEN, Sonja (Eds.). *The Routledge handbook of European criminology*. Abingdon: Routledge, 2014.

TULKENS, Françoise. The paradoxical relationship between criminal law and human rights. *Journal of International Criminal Justice*. Oxford: Oxford University Press, v. 9, n. 3, p. 577-595, 2011.

VAN DROOGHENBROECK, Sébastien. *Droit penal et droits de l'homme: le point de vue de la Cour européenne des droits de l'homme*. In: CARTUYVELS, Yves; DUMONT, Hugues; OST, François; VAN DE KERCHOVE, Michel; VAN DROOGHENBROECK, Sébastien (Dir.). *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal?* Bruxelles: Facultés Universitaires Saint-Louis, 2007.

VISKI, Vlad Levente. *Decriminalization of Homosexuality in Romania: repealing article 200 from the Penal Code*. Disponível em: <https://www.academia.edu/14258920/Decriminalization_of_Homosexuality_in_Romania_Repealing_Article_200_from_the_Penal_Code>. Acesso em: 03 fev. 2017.

WASELFISZ, Julio Jacobo. *Mapa da violência 2015: homicídio de mulheres no Brasil*. 1 ed. Brasília: Flacso Brasil, 2015.

XENOS, Dimitri. *The positive obligations under the European Convention of Human Rights*. Oxon: Routledge, 2012.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* *Direito penal brasileiro*: primeiro volume. 4 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.